Die Beteiligung von offenen Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Schmauch

aus Frankfurt am Main.

Approbiert am 15. Juli 1935

1936

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

1936/117

Referent:

Univ.-Professor Dr. Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0095

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil:

Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Gesellschafterinnen einer offenen Handelsgesellschaft.

§ 1. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschafterin einer anderen offenen Handelsgesellschaft 2
1. Allgemeines 2
2. Durch die Beteiligung einer o. H. G. als offene Gesellschafterin werden die Gläubiger der umschließenden o. H. G. nicht benachteiligt 3
3. Die Fähigkeit, unter fremder Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben und die Firmenbildung 4
4. Der Eintrag ins Handelsregister 6
5. Der Mitgliederwechsel bei der umschlossenen o. H. G. . 7
6. Geschäftsführung und Vertretung 8
7. Gewinnverteilung 9
8. Die Auflösung der o. H. G. 10
9. Die Unanwendbarkeit des § 139 12
10. Die Liquidation der o. H. G. 12
11. Die Verjährung 12

§ 2. Kann die Erbengemeinschaft Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft sein? . . . . . .
I. Kann die Erbengemeinschaft durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages offene Gesellschafterin werden? . .
1. Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft und die Folgerungen hieraus 13
2. Der Zweck der Erbengemeinschaft im Gegensatz zu dem Zweck der o. H. G. 14
II. Kann die Erbengemeinschaft offene Gesellschafterin bei Fortsetzung der o. H. G. durch die Erben im Falle des § 139 HGB sein? . . . . . .
1. Der Wortlaut des § 139 HGB 15
2. Die Durchbrechung des individualistischen Charakters der o. H. G. durch die Vererblichkeit der Mitgliedschaft wird auf das Unvermeidliche beschränkt, wenn die einzelnen Miterben Gesellschafter werden 15
3. Die besondere Haftung bei Beteiligung einer Erbengemeinschaft 17
a) die den §§ 105, 128 HGB widerspricht 17
b) durch die § 139 HGB teilweise umgangen wird . . 18

Seite

4. Es besteht kein Bedürfnis, im Falle des § 139 HGB die Erbengemeinschaft als offene Gesellschafterin zuzulassen 19

Exkurs: Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und ihre Bedeutung für die o. H. G. 22

Zweiter Teil:

Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Gesellschafterinnen einer Kommanditgesellschaft.

§ 3. Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als persönlich haftende Gesellschafterinnen 24

§ 4. Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Kommanditistinnen 24

I. Die offene Handelsgesellschaft als Kommanditistin . . .
1. Allgemeines 24
2. Die unmittelbare und beschränkte Haftung und ihre Vereinbarkeit mit der kommanditistischen Beteiligung einer o. H. G. 25
3. Die Fähigkeit, ein Handelsgewerbe unter fremder Firma zu betreiben 25
4. Geschäftsführung und Vertretung 26
5. Auflösung der K.G. 27
6. Liquidation und Verjährung 28

II. Kann die Erbengemeinschaft Kommanditistin sein? . . .
A. Kann sich die Erbengemeinschaft auf Grund eines Gesellschaftsvertrages kommanditistisch an einer Kommanditgesellschaft beteiligen? 29
B. Kann die Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines offenen Gesellschafters durch mehrere Erben Kommanditistin sein (§ 139 I HGB)? 29
C. Kann sich die Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben kommanditistisch beteiligen (§ 177 HGB)? 30
1. § 177 zwingt nicht zu der Annahme, daß die Erbengemeinschaft Kommanditistin wird 30
2. Die Haftung nach § 171 HGB 33
3. Die Vervielfältigung der Kommanditisten spricht nicht für die Erbengemeinschaft als Kommanditistin 34

Exkurs: Die Erbauseinandersetzung und ihre Bedeutung für die K.G. 36

Schrifttum.

Baumbach: Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1933.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 1911.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930.

Daeschner: Handelsrechtliche Gestaltungsformen. Diss. Frankfurt a. M. 1921 (Masch.-Schrift).

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. RT.-Drucks. 9. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97 zu Nr. 632.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 2 Bd., 2. Hälfte. 3. Aufl. 1932.

Eltzbacher: O.H.G. und A.G. als Teilnehmerinnen einer o.H.G. in ZHR 45/41 ff.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgem. Teil., 13. Aufl. 1931.

Gierke, Julius von: Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, 2 Bd. 1905.

Goldschmidt: Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Handkomm. 1929.

Heinsheimer, Karl: Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht, 2. Aufl. 1927 in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaftl. Abteil. Rechtswissenschaft. Herausgeber Kohlrausch und Kaskel. XII.

Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft. Beiträge z. inneren Recht der Personalgesellschaften. Heidelberg. Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12.

Jonen: Die Vereinbarung der Fortsetzung der o. H. G. mit den Erben eines Gesellschafters. Ein Vorschlag zur Abänderung des § 139 HGB 1921.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 3. Aufl. 1932.

Kunz: Rechtsgebilde als Gesellschafter einer o. H. G., Diss. Breslau 1914.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1912.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd., 1902.

Locher: Handels-, Wechsel- und Seerecht in „Das gesamte deutsche Recht in system. Darstellung". Herausgeg. von R. Stammler. Berlin 1931.

Makover: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906.

Markus: Kann eine Erbengemeinschaft Mitglied einer o. H. G. oder K.G. sein? in Holdheims Monatsschrift f. Handelsrecht und Bankwesen. 1910/87 ff.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 7. Aufl. 1926.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Aufl. 1928.

Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht. I Bd. 1931.

Pinkernelle: Die rechtliche Stellung des Erben eines Gesellschafters nach BGB und HGB. Rostocker Diss. 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB Bd. V.: Erbrecht. 1899.

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 2. Aufl. 1932.

Riesenfeld: Die Erbenhaftung nach dem BGB, Berlin 1916, I.

Sames: Die Rechtsstellung des Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB. Marburger Diss. 1903.

Schwarting: Kann eine G. m. b. H. persönlich haftender Gesellschafter einer o. H. G. sein? Diss. Schwerin 1913.

Spiegelberg: Die offene Handelsgesellschaft als Teilnehmerin an einer anderen o. H. G. Diss. Göttingen 1906.

Starke: Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften von der Errichtung bis zur Auflösung. 1928.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd., 14. Aufl. 1932.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Bd. Erbrecht. 9. Aufl. 1928.

von Tuhr: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 2. Hälfte. 1918.

Wieland: Handelsrecht. 1. Bd. 1921 in System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begr. von Binding und Oetker, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd.

Zielinsky: Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausg. von Heymann), Nr. 40, 1925.

Einleitung.

Bereits in der Vorkriegszeit bildeten sich in Durchbrechung der vom HGB durchgeführten Scheidung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften als Schöpfungen der Praxis Gesellschaftsformen, wonach sich Kapitalgesellschaften, insbesondere Aktiengesellschaften und Gesellschaft zu, da — was insbesondere die Haftung der offenen Gesell- Die herrschende Meinung läßt die Beteiligung von Kapitalgesellschaften wie von juristischen Personen überhaupt an einer Personalhandelsgesellschaft zu, da — was insbesondere die Haftung der offenen Gesellschafter und der persönlich haftenden Gesellschafter anbetreffe — auch das Gesellschaftsvermögen einer juristischen Person in seiner Gesamtheit in vollem Umfang hafte, und sich die Gesellschaftsgläubiger an den Erwerb der juristischen Person in seiner ganzen Höhe halten könnten [1]). Dagegen hat Wieland insbesondere [2]) eingewandt, daß sich zwar aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht das Gegenteil entnehmen lasse, daß aber der Beitritt juristischer Personen und Kapitalgesellschaften mit dem Wesen der o. H. G. unverträglich sei. Nicht die einzelnen besonderen Gesetzesbestimmungen, sondern die o. H. G. in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamterscheinung, insbesondere der Grundsatz der unbeschränkten Haftung, nicht in seiner formalen, sondern funktionellen Seite aus gesehen, stehe entgegen. Vermöge der unbeschränkten Haftung würden die Mitglieder mit ihrer gesamten Persönlichkeit mit dem Schicksal des Unternehmens verflochten: davon lasse das Zerrbild einer aus Aktiengesellschaften zusammengesetzten o. H. G. wenig mehr erkennen. Die herrschende Meinung [3]) hat sich allerdings über diese sehr beachtlichen Bedenken mit Recht hinweggesetzt, da die Gläubigerinteressen nicht mehr gefährdet sind als bei der Mitgliedschaft natürlicher Personen. Dagegen hat sie sich bis heute noch nicht entschließen können, die Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen zuzulassen. Die dagegen erhobenen Bedenken können aber nicht durchschlagen, so daß entgegen der herrschenden Ansicht die Beteiligung sehr wohl möglich ist. Daß die Erbengemeinschaft vermöge ihrer rechtlichen Natur nicht Gesellschafterin einer o. H. G. oder K. G. sein kann, wird, soweit ich sehe, nirgends ernsthaft bestritten. Eine stark vertretene Meinung will indessen die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin zulassen, wenn ein Kommanditist durch mehrere Erben beerbt wird: Wir werden nachweisen, daß auch bei Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben nicht die Erbengemeinschaft als solche, sondern die einzelnen Miterben selbständig Kommanditisten werden.

[1]) Zielinsky, Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht in „Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht", Nr. 40, 1925, S. 86.

[2]) Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 in System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, S. 836.

[3]) vergl. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 105 A. 22 u. dort zit.

Erster Teil:

Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Gesellschafterinnen einer offenen Handelsgesellschaft.

§ 1. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschafterin einer anderen offenen Handelsgesellschaft.

1. Eltzbacher[1]) steht auf dem Standpunkt, daß die o. H. G. als Gesellschafter an einer anderen o. H. G. nicht teilnehmen könne, da die Rechte und Verbindlichkeiten der o. H. G. nichts anderes als die Rechte und Verbindlichkeiten ihrer verbundenen Gesellschafter seien. Daher könne sich eine o. H. G. nur in der Weise an einer anderen o. H. G. beteiligen, daß Teilnehmer der umschließenden o. H. G. die jeweiligen Gesellschafter der umschlossenen o.H.G. seien.

Ohne Zweifel können sich die Gesellschafter einer o. H. G., als einzelne bei anderen o. H. G. beteiligen. Denn da eine o. H. G. besteht, wenn mehrere durch Gesellschaftsvertrag vereinigte Personen ein Handelsgewerbe betreiben, dieselben Personen aber mehrere Handelsgewerbe betreiben können, so ist eine Vereinbarung, wonach die jeweiligen Gesellschafter einer o.H.G. Gesellschafter einer anderen o.H.G. sein sollen, an sich nicht unzulässig. Doch kann ein solcher Beitritt dem Beitritt der o.H.G. als solcher nicht gleichgestellt werden[2]).

Nach § 124 HGB kann die o. H. G. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Nach § 105 Abs. 2 HGB finden auf die o. H. G. die Vorschriften über die Gesellschaft des BGB Anwendung, soweit nicht im ersten Abschnitt des zweiten Buches des HGB ein anderes vorgeschrieben ist. Daraus folgt, daß die o. H. G. wie die Gesellschaft des BGB eine von dem Rechtsprinzip der gesamten Hand beherrschte Gesellschaft ist: Die von der o. H. G. unter ihrer Firma erworbenen Rechte sind daher solche der an ihr beteiligten Gesellschafter in ihrer Vereinigung. Die Verbindlichkeiten der o. H. G. aber sind Schulden der Gesellschafter, für die das Gesellschaftsvermögen unmittelbar haftet. Indessen kann die o. H. G. unter ihrer Firma nur Rechte erwerben, die zu dem Gesellschaftsvermögen gehören können oder zu seinem Schutze dienen. Es sind dies in erster Linie Privatrechte. Ausgeschlossen sind nur solche Privatrechte, die mit dem Wesen der o. H. G. unvereinbar sind. Ebenso kann die o. H. G. Verbindlichkeiten aller Art

[1]) „O. H. G. u. A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G." in Z.H.R. 45/44.

[2]) Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1905, § 105, S. 470; RGZ 36/140.

eingehen, soweit sie nicht ihrem Wesen widersprechen. Daher kann der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, wonach sich eine o. H. G. an einer anderen beteiligt, nur dann nicht zulässig sein, wenn der Vertrag dem Wesen der o. H. G. widerstrebt. Entgegen der herrschenden Meinung halten wir die Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen für mit ihrem Wesen vereinbar und daher zulässig [3]). Denn durchschlagende Gründe gegen eine solche Beteiligung sind nirgends ersichtlich.

Beteiligt sich eine o. H. G. an einer anderen, so unterscheiden wir zwischen der „umschließenden" und der „umschlossenen" o. H. G. Unter der „umschließenden Gesellschaft" ist die o. H. G. zu verstehen, in die eine andere o. H. G. als offene Gesellschafterin eingetreten ist. Die o. H. G. aber, die sich als offene Gesellschafterin an einer anderen o. H. G. beteiligt, bezeichnen wir als „umschlossene Gesellschaft".

2. Nach § 106 Abs. 2 HGB hat die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters zu enthalten, und nach § 108 HGB ist persönliche Anmeldung und Zeichnung vorgeschrieben. § 118 Abs. 1 HGB bestimmt, daß ein Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten kann. Schließlich spricht § 131 Ziff. 4 vom Tode eines Gesellschafters und § 134 HGB von einer Gesellschaft, die auf Lebenszeit eingegangen ist. Aus diesen Vorschriften ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber bei der o. H. G. nur an physische Personen als Gesellschafter gedacht hat. Daher sollen natürliche Personen als offene Gesellschafter unmittelbar den Gesellschaftsgläubigern haften (§§ 105 I, 128 HGB). Während im Verhältnis der Gesellschafter untereinander die Beteiligung der einzelnen beliebig geregelt, etwa bestimmt werden kann, daß ein Gesellschafter nur eine bestimmte Einlage zu leisten hat und jedes Mehr von den anderen Gesellschaftern zu tragen oder zu ersetzen ist, ist den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber eine Begrenzung des den einzelnen Gesellschafter treffenden Risikos ausgeschlossen [4]). Da-

[3]) Ebenso: Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 105 Anm. 2; Baumbach, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 1933, § 105g; Gierke, Julius von, Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl., 1933, § 30 I 5, S. 209; Locher: Handels-, Wechsel- und Seerecht in „Das gesamte deutsche Recht in system. Darstellung, herausgeg. von R. Stammler, Berlin 1931, § 21 Abs. 6, S. 12, 39; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., 1928, Kap. 35; Makover, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906, § 105 Anm. 1; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 105 Anm. 22, S. 548/549; Geiler in JW 24/1113; Eltzbacher, o. H. G. und A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G. in Z.H.R. 45/41 ff. — Dagegen die herrschende Meinung, insbesondere Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht I. Bd. 1931, § 105 Anm. 15, S. 290; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd., 1902, § 105 Nr. 4; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, § 55, S. 284; Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 7. Aufl. 1926, § 105, S. 139; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 105 Anm. 22; Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 3. Aufl. 1932, § 105 Anm. 6; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 105, S. 252; Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1905, § 105 Anm. 22; RGZ 36/69, 36/140; Rechtspr. 24/170; KGJ 11, S. 17 ff.; RIA 15/43; ZHR 40/457; Zeitschrift des deutschen Notarvereins 29/341, 18/466; zweifelnd Starke, Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften von der Errichtung bis zur Auflösung, 1928, S. 10.

[4]) Heinsheimer, Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht, 2. Aufl. 1927, § 33, Seite 48, 49.

durch werden die Gesellschafter mit ihrer gesamten Persönlichkeit mit dem Schicksal des Unternehmens derart verflochten, daß leichtsinniges Spekulieren, wenigstens vielfach, verhindert wird und die Gesellschafter zu gegenseitiger Überwachung angespornt werden. Insofern wird ein möglichst weitgehender Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewährleistet [5]).

Dieser Schutz bleibt indessen für die Gläubiger auch dann bestehen, wenn sich eine o. H. G. als Gesellschafterin an einer anderen beteiligt. Denn in diesem Falle haftet die umschlossene o. H. G. den Gläubigern der umschließenden o. H. G. nicht nur mit ihrem eigenen Vermögen, wie dies das OLG Hamburg annimmt [6]), während das Privatvermögen ihrer einzelnen Gesellschafter als nicht zum Vermögen der umschlossenen o. H. G. gehörig dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger der umschließenden Gesellschaft nicht unterliegen soll. Vielmehr kann die Haftung der umschlossenen Gesellschaft als Gesellschafterin der umschließenden o. H. G. nur so verstanden werden, daß auch die Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. unbeschränkt haften. Denn die Verbindlichkeiten der o. H. G. sind nicht bloß Verbindlichkeiten der „Firma", sie sind kraft Gesetzes auch Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter: sie sind gleichzeitig Gemeinschaftsschulden und Sonderschulden [7]). Als Sonderschulden verhaften sie kraft Gesetzes die umschlossene o. H. G. Deren Verbindlichkeiten sind aber wiederum Verbindlichkeiten ihrer einzelnen Gesellschafter und somit werden die einzelnen Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. kraft Gesetzes als Gesamtschuldner für die Schulden der umschließenden o. H. G. unbeschränkt persönlich verhaftet [8]). Bei dieser Rechtslage kann, wenn sich eine o. H. G. an einer anderen beteiligt, von einer Nichtachtung des aus § 105 I in Verb. mit den §§ 106, 108, 118, 131 Ziff. 4 und 134 HGB sich ergebenden Rechtsgrundsatzes der unmittelbaren und unbeschränkten Haftung natürlicher Personen nicht die Rede sein; der Wortlaut des HGB, der nur auf natürliche Personen zugeschnitten ist, kann der Aufnahme einer o. H. G. in eine andere nicht entgegenstehen. Wollte man die Zulässigkeit der Beteiligung von vornherein von der sprachlichen Ausdrucksweise des Gesetzes abhängig machen, so würde dies auf einen reinen, durch nichts zu rechtfertigenden Formalismus hinauslaufen.

Auch für Locher [9]), der die Zulässigkeit der Beteiligung einer o.H.G. als offene Gesellschafterin bejaht, ist entscheidend, „daß die Gläubigerinteressen nicht mehr gefährdet sind als bei der Mitgliedschaft natürlicher Personen".

3. Die sich an einer anderen o.H.G. beteiligende o.H.G. führt nicht unzulässiger Weise zwei Firmen, da ihr die Firma der umschließenden o. H. G. so wenig zukommt wie jedem anderen offenen Gesellschafter [10]). Aber auch der Einwand, daß die o. H. G. bei Beteiligung an einer anderen ihr Handelsgewerbe unter einer fremden Firma führe,

---

[5]) Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, S. 836.

[6]) Seuff. Arch. 46/325.

[7]) Gierke, Julius von, Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933, § 31 II 3.

[8]) Eltzbacher, o. H. G. und A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G., in Z.H.R., S. 53.

[9]) Handels-, Wechsel- und Seerecht in „Das gesamte deutsche Recht in system. Darstellung", herausgeg. von R. Stammler, Berlin 1931, § 21, Seite 1239.

[10]) Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 105 Anm. 2a γ.

ist ungerechtfertigt. Wenn der Zweck der o. H. G. — so wird gegen eine derartige Beteiligung eingewandt — auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma bei unbeschränkter Haftung der Gesellschafter gerichtet sei, so könne die o. H. G. kein Mitglied einer Gesellschaft sein, deren Zweck auch darin bestehe, ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma bei unbeschränkter Haftung durch ihre Gesellschafter zu betreiben. Der Zweck sei allerdings auch hier auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, jedoch werde das Handelsgewerbe nicht unter einer gemeinschaftlichen Firma, sondern unter einer fremden Firma betrieben, weil die umschließende o. H. G. unter ihrer eigenen Firma im Geschäftsverkehr aufzutreten habe [11]).

Dieser Einwand schlägt nicht durch. Allerdings gehört es zu den Erfordernissen der o. H. G., daß ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben wird. Aber daraus folgt nur, daß eine o. H. G. nicht lediglich zu dem Zweck errichtet werden kann, Gesellschafterin einer anderen o. H. G. zu sein, keineswegs aber, daß eine unter der eigenen Firma handeltreibende o. H. G. unfähig wäre, daneben an einer anderen o. H. G. teilzunehmen [12]). Wäre es richtig, daß die o. H. G. nicht unter fremder Firma auftreten dürfte, so dürfte es einer o. H. G. auch nicht erlaubt sein, durch einen Kommissionär umfangreiche Geschäfte führen zu lassen; gerade dies ist aber als zulässig anerkannt [13]).

Zwar zeichnen die vertretungsberechtigten Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. die Firma der umschließenden o. H. G. Sie tun dies jedoch nur in Angelegenheiten der letzteren. Im übrigen behält aber die umschlossene o. H. G. nach wie vor ihre selbständige Firma bei und ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter schließen unter dieser Firma die Geschäfte der umschlossenen o.H.G. ab.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß auch bezüglich der Firmenbildung Anlaß zu Bedenken gegen die Beteiligung einer o.H.G. an einer anderen nicht besteht. Nach § 19 Abs. 1 HGB hat die Firma der o. H. G. wenigstens einen der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten. Es steht dieser Vorschrift nicht entgegen, daß die Firma der umschlossenen o. H. G. in der Firma der umschließenden o. H. G. vorkommt [14]). So kann die umschließende o. H. G., deren Gesellschafterin die o. H. G. Großmann & Co. ist, firmieren: Großmann & Co. & Co. Allerdings braucht die Firma der umschließenden o. H. G. die Firma der umschlossenen o. H. G. nicht zu enthalten, wenn eine natürliche Person als Gesellschafterin beteiligt ist. Dagegen würde die Firma Großmann & Co. und Klein & Co. lauten können, wenn die

---

[11]) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 105, Nr. 4, Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 1905, § 105, S. 470; Rechtspr. 24/170; Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 1912, S. 730; vergl. RGZ 36/140.

[12]) Eltzbacher, o. H. G. und A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G. in ZHR 45/47.

[13]) Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., 1928, Kap. 35, S. 186; Locher (Handels-, Wechsel- und Seerecht, in „Das gesamte deutsche Recht in system. Darstellung", herausgeg. von R. Stammler, Berlin 1931, § 21, S. 1239, Abs. 6) sieht darin „eine nicht zu leugnende Schwierigkeit, die nach den Grundsätzen über Lückenprobleme zu lösen sei".

[14]) Eltzbacher, o. H. G. u. A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G. in ZHR 45/50.

umschließende o. H. G. sich lediglich aus zwei offenen Handelsgesellschaften zusammensetzte. Dem Gesetze wäre aber genügt, wenn die Firma Großmann & Co. & Co. lautete.

4. Das Handelsregister soll darüber Auskunft geben, welche Gesellschafter die o. H. G. umfaßt (§§ 106, 107 HGB) und wer von ihnen vertretungsberechtigt ist (§ 125 IV HGB). Daher sind alle Gesellschafter anzumelden, ist der Austritt jeden Gesellschafters aus der o. H. G. einzutragen und ist der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesamtvertretung sowie jede Änderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Zweck des Handelsregisters besteht also darin, in einer für Dritte maßgebenden Weise kundzugeben, welche Gesellschafter die o. H. G. präsentieren [15]).

Bei Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen ist zwar aus dem Handelsregister der umschließenden o. H. G. nicht zu erkennen, wer Gesellschafter der umschlossenen Gesellschaft ist und wer die umschlossene Gesellschaft vertritt. Daraus leitet das Kammergericht [16]) einen Grund gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen ab, da der Dritte gezwungen wäre, sich durch Einsicht anderweiter Urkunden Kenntnis zu verschaffen, wer den vertretungsberechtigten Gesellschafter wieder vertrete. Wenn die aufgenommene Gesellschaft einem anderen Registergericht unterworfen sei als die aufnehmende Gesellschaft, so könne das Handelsregister der letzteren Gesellschaft — obwohl es die spezifisch dafür bestimmte Stelle sei — keine erschöpfende Auskunft erteilen, wer tatsächlich Gesellschafter ist und wer die Gesellschaft tatsächlich vertrete.

Mit Recht weist aber demgegenüber Eltzbacher [17]) darauf hin, daß das Handelsregister der umschließenden o. H. G. durch Verweisung auf das Handelsregister der umschlossenen o. H. G. Auskunft gebe. Allerdings muß zugegeben werden, daß die Einsichtnahme des Handelsregisters infolge der Verweisungen auf ein anderes Handelsregister zu Unzuträglichkeiten führen kann.

Diesen Unzuträglichkeiten kann auch nicht dadurch abgeholfen werden, daß die physischen Personen, die zur Zeit der Eintragung der umschließenden Gesellschaft die umschlossene Gesellschaft vertreten, benannt werden. Denn in diesem Fall bestimmt das HGB nicht, daß Veränderungen in dem Mitgliedsbestand oder in der Vertretungsbefugnis der umschlossenen Gesellschaft im Handelsregister der umschließenden o. H. G. von Amts wegen einzutragen sind. Das Gesetz kennt lediglich auf Anmeldung der Beteiligten beruhende Eintragungen über den Personalbestand der Gesellschafter. Die Wirksamkeit solcher Veränderungen ist aber von der veröffentlichten Eintragung im Handelsregister der Gesellschaft, bei der die Veränderung unmittelbar vorliegt, abhängig gemacht. Daher bestände die Gefahr, daß das Handelsregister der aufnehmenden o. H. G. Beurkundungen enthielte, auf die sich der Dritte nicht verlassen könnte: Wenn die Beurkundungen mit der maßgebenden Eintragung im Handelsregister der aufgenommenen Gesellschaft im Widerspruch ständen [18]).

---

[15]) KGJ 11/19.
[16]) KGJ 11/19.
[17]) O. H. G. und A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G. in ZHR 45/64.
[18]) KGJ 11/19.

Allerdings könnten diese Unzuträglichkeiten dadurch beseitigt werden, daß im Einzelfall die in eine o. H. G. eintretende o. H. G. keine Vertretungsmacht als Gesellschafterin hätte. Eine solche vertragliche Regelung wäre jedoch unerheblich, denn sie könnte, falls die Eintragung nach dem Antrage erfolgt wäre, jederzeit wieder einer Änderung unterzogen werden.

Indessen ist es unerheblich, ob diese Unzuträglichkeiten an sich beseitigt werden können, denn jedenfalls können sie, weil rein formaler Natur, nicht den Schluß auf die Unmöglichkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen rechtfertigen [19]).

3. Durch den Mitgliederwechsel bei der umschlossenen o. H. G. werden der umschließenden o. H. G. unbestimmte dritte Gesellschafter nicht aufgedrängt [20]).

Ihrem Wesen entsprechend ist allerdings die o. H. G. auf einen begrenzten Kreis individuell bestimmter Personen angelegt. Der Mitgliederwechsel ist zwar zugelassen, aber er ist doch rechtliche Ausnahme, auch wenn der bisherige Art. 98 des alten HGB, wonach ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen konnte, in das neue HGB nicht aufgenommen worden ist. Denn dies ist, wie das Reichgericht [21]) mit Recht ausführt, nur deshalb geschehen, weil diese Vorschrift als selbstverständlich überflüssig war. Die Nichtaufnahme kann nicht etwa dahin ausgelegt werden, daß Art. 98 des alten HGB nicht mehr gelten soll. Das folgt aus dem im Gesellschaftsvertrag liegenden persönlichen Element. Das HGB setzt die Mitwirkung aller Gesellschafter für den Fall des Beitritts eines neuen Gesellschafters voraus.

Trotzdem kann der vornehmlich von Schwarz [22]) gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen vorgebrachte Einwand, daß andernfalls die Mitglieder der umschlossenen Gesellschaft ohne Zustimmung der Mitgesellschafter der umschließenden o. H. G. ständig wechseln könnten, nicht durchschlagen [23]). Denn Schwarz läßt unberücksichtigt, daß der in der umschlossenen Gesellschaft neu aufgenommene Gesellschafter eben nur als Teil der an der umschließenden o. H. G. teilnehmenden o. H. G. beteiligt ist [24]), und daß daher über den Mitgliederwechsel der umschlossenen Gesellschaft lediglich deren Gesellschafter, nicht aber die Gesellschafter der umschließenden o. H. G. zu bestimmen haben. Der Mitgliederwechsel in der umschlossenen o. H. G. wirkt also nicht auf den Mitgliederbestand der umschließenden o. H. G. ein [25]). Daher ist auch die Ansicht Daeschners [26]) abzulehnen, der die

---

[19]) Ähnlich Schwarting, Kann eine G. m. b. H. persönlich haftender Gesellschafter einer o. H. G. sein? Diss. Schwerin 1913, S. 29/30, jedoch für die G. m. b. H.

[20]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 105 Anm. 22, S. 548.

[21]) RGZ 52/162; vergl. Rechtspr. 24/170.

[22]) Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 105 Anm. 15.

[23]) Vergl. auch KGJ 11/17.

[24]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 105 Anm. 22. A. A.: Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 105 Anm. 23.

[25]) A. A.: KGJ 11/17 ff., nach dessen Ansicht jeder Wechsel in der Mitgliedschaft bei der umschlossenen Gesellschaft die umschließende Gesellschaft in ihrem Mitgliederbestande alteriere.

[26]) Handelsrechtliche Gestaltungsformen, Diss. Frankfurt am Main, 1921, S. 26/27. Vergl. JW 24/1113.

Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen nur zulassen will, wenn der Gesellschaftsvertrag der umschlossenen Gesellschaft den Wechsel der Mitglieder verbietet; ganz abgesehen davon, daß die Gesellschafter der umschlossenen Gesellschaft, wenn auch im Augenblick der Beteiligung eine solche an sich nicht unzulässige Beschränkung des Mitgliederwechsels in dem Gesellschaftsvertrage der umschlossenen Gesellschaft enthalten ist, jederzeit die Beschränkung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages aufheben können. Soll dann, so fragt Geiler [27]) mit Recht, die einmal gegründete umschließende o. H. G. damit nachträglich nichtig werden?

6. Im HGB ist keine Vorschrift ersichtlich, aus der entnommen werden könnte, daß die Übernahme der Geschäftsführung durch eine an einer anderen o. H. G. sich beteiligende o. H. G. dem Wesen der umschlossenen o. H. G. widerspreche. Daher kann die o. H. G. ohne weiteres einen Gesellschaftsvertrag abschließen, auf Grund dessen sie zur Geschäftsführung der umschließenden o. H. G. berechtigt und verpflichtet wird. Ebenso sind Gründe, nach denen die Übernahme einer Vollmacht durch eine o. H. G. ausgeschlossen sein könnte, nicht ersichtlich [28]). Um eine Bevollmächtigung handelt es sich aber, wenn eine sich an einer o. H. G. beteiligende o. H. G. zur Vertretung der umschließenden o. H. G. berechtigt wäre.

Die Denkschrift [29]) bemerkt: „Ob und inwieweit auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter die für gesetzliche Vertreter geltenden Vorschriften anwendbar sind, kann wie bisher, der Entscheidung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben." Schwarz [30]), Lehmann [31]), Staub [32]), Brand [33]) erachten zwar die vertretungsberechtigten Gesellschafter der o. H. G. als gesetzliche Vertreter, denn der Gesellschafter sei der geborene Vertreter der Gesellschaft, seine Vertretungsmacht sei daher nicht nach den Regeln der Vollmacht zu beurteilen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die o. H. G. lediglich die Zusammenfassung der nach dem Grundsatz der gesamten Hand verbundenen Gesellschafter ist. Aus diesem Grunde ist auch die Vertretung der o.H.G. sachlich nichts anderes als eine Vertretung der Gesellschafter, also handlungsfähiger Personen, und deshalb liegt ebenso wenig wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine gesetzliche Vertretung vor. Allerdings unterscheidet sich die Vertretung des offenen Gesellschafters von anderen Fällen der gewillkürten Vertretungsmacht wesentlich dadurch, daß er sich selbst mitvertritt [34]). Jedoch liegt der Befugnis, die anderen Gesellschafter mit zu vertreten, auch eine „Vollmachtserteilung" zu Grunde [35]). Wie das Reichsgericht [36]) mit Recht be-

---

[27]) JW 24/1113.

[28]) Rechtspr. 4/166; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 1918, S. 388, Nr. 64.

[29]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. RT.-Drucks., 9. Legislaturperiode, 4. Session. 1895/97 zu Nr. 632, S. 92.

[30]) Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd., 1931, § 105, Anm. 1.

[31]) Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, § 59, 3.

[32]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 125, Einl.

[33]) Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 125 Anm. 1d, S. 361.

[34]) RGZ 74/300.

[35]) RGZ 10/302.

[36]) a. a. O.

tont hat, liegt diese Vollmachtserteilung in der Eingehung des Gesellschaftsvertrages, so daß also eine besondere Vollmachterteilung neben dem Gesellschaftsvertrag nicht erforderlich ist. Diese ist die gesetzlich normale Wirkung des Abschlusses eines solchen Gesellschaftsvertrages, und insoweit kann der Gesellschafter als der geborene Vertreter den nur bestellten Vertretern (Prokuristen) gegenübergestellt werden [37]). Damit wird jedoch der Gesellschafter nicht zum gesetzlichen Vertreter der o. H. G. gestempelt. Denn die offenen Gesellschafter, also auch die umschlossene o. H. G., sind nur dann Vertreter der umschließenden o. H. G., wenn sie nach § 125 HGB nicht von der Vertretung ausgeschlossen sind: § 125 präsumiert nur eine rechtsgeschäftliche Vertretung.

Da aber die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Bevollmächtigung, §§ 164, 166 BGB) auf dem persönlichen Vertrauen beruht [38]), ist der Bevollmächtigte nicht ohne weiteres berechtigt, einen Substituten zu ernennen. Nun kann aber die Vollmacht nur von den Gesellschaftern der umschlossenen o. H. G. ausgeübt werden, die zur Vertretung berechtigt sind. Das Gleiche gilt übrigens auch von der Geschäftsführungsbefugnis, deren Ausübung eine Betätigung der teilhabenden o. H. G. nach außen ist [39]). Gerade hierin erblicken Lehmann-Ring [40]) und Lehmann [41]) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen, denn die umschlossene Gesellschaft sei dann in der Lage, „einseitig Geschäftsführung und Vertretung der umschließenden o. H. G. durch Aufnahme eines neuen Gesellschafters zu ändern". Die Möglichkeit der Änderung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung der umschließenden o. H. G. durch Aufnahme eines Gesellschafters in die umschlossene Gesellschaft mit Vertretungsbefugnis ist aber die gekannte und gewollte, zum mindesten aber voraussehbare Wirkung des Gesellschaftsvertrages: Steht einer an einer o. H. G. beteiligten anderen o. H. G. Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis zu, dann ist dies regelmäßig dahin auszulegen, daß die jeweiligen vertretungsberechtigten Gesellschafter der umschlossenen Gesellschaft zur Geschäftsführung und Vertretung der umschließenden o. H. G. befugt sind [42]). Ein Bedenken hiergegen besteht um so weniger, als ja auch die Gesellschafter einer o. H. G. von vornherein in die Abtretung des Anteils samt dem damit verbundenen Recht zur Vertretung sowie in die Fortsetzung mit dem noch unbekannten Erben eines Gesellschafters einwilligen können [43]).

7. In gleicher Weise können gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen aus § 120 HGB keine Bedenken abgeleitet werden. Nach dieser Vorschrift wird am Schlusse jedes Geschäfts-

---

[37]) RGZ 2/32.

[38]) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Allgem. Teil, 13. Aufl. 1931, § 172, 2; Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. 1906, I. § 164 VI; von Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 1918, § 85 VIII.

[39]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 114, Anm. 3; Eltzbacher, „O. H. G. und A. G. als Teilnehmerinnen einer o. H. G." in ZHR 45/52 und 53.

[40]) Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 105, Nr. 4.

[41]) Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, § 105, Nr. 4, S. 284.

[42]) Vergl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 1918, § 64, S. 388, Nr. 64.

[43]) Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, S. 838: Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 105, Anm. 22, § 130, Anm. 5.

jahres auf Grund der Bilanz der Gewinn und Verlust ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet. Bei Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen würde insoweit der auf die umschlossene o. H. G. entfallende Gewinn und Verlust sich aus der Bilanz der umschließenden o. H. G. ergeben und dann in die Bilanz der umschlossenen o. H. G. eingesetzt werden. Somit kann auch für jeden Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. nach § 120 sein Anteil am Gewinn und Verlust ermittelt werden.

8. Nach § 131 HGB wird die o. H. G. aufgelöst: durch Ablauf der Vertragszeit, für die die o. H. G. eingegangen ist, durch Beschluß der Gesellschafter, durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft, durch den Tod eines Gesellschafters, vorbehaltlich anderweiter Bestimmung, durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, durch Kündigung und gerichtliche Entscheidung.

Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit dieser Vorschrift könnten bei Beteiligung einer o. H. G. nur bestehen, soweit Ziff. 4 bestimmt, daß der Tod die Auflösung der o. H. G. zur Folge hat. Denn hinsichtlich des Schicksals der Mitgliedschaftsrechte einer umschlossenen o. H. G. im Falle ihrer Auflösung fehlen Sondervorschriften, da das Gesetz seine Bestimmungen auf natürliche Personen zugeschnitten hat.

Löst sich die umschlossene o. H. G. auf, so kann aber Ziff. 4 nicht Anwendung finden, die umschließende o. H. G. also nicht aufgelöst werden. Denn die Auflösung der umschlossenen o. H. G. kann dem Tod einer physischen Person nicht gleichgestellt werden. Mit der Auflösung hört lediglich die erwerbende Seite der o. H. G. auf [44]). Entsprechend § 145 HGB tritt die o. H. G. — soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen worden ist — in den Zustand der Liquidation, und die Gesellschafter bleiben solange noch gesellschaftlich verbunden, bis ihre Rechtsgemeinschaft durch Abwicklung oder sonstwie aufgehoben ist [45]).

Im Liquidationsfalle kann sogar die fortbestehende gesellschaftliche Rechtsgemeinschaft dadurch wieder eine erwerbende Gesellschaft werden, daß die Gesellschafter beschließen, wieder ein Handelsgewerbe zu betreiben [46]). Dann tritt die als Liquidationsgesellschaft fortbestehende o. H. G. aus dem Zustand der Abwicklung lediglich wieder heraus, ohne daß von einer Neugründung der Gesellschaft die Rede sein könnte. Wenn auch die Zulässigkeit solcher Umwandlungen nur für bestimmte Fälle der Konkursbeendigung der o. H. G. vom Gesetz ausgesprochen ist (vgl. § 144 HGB), so ist doch eine solche Umwandlung im Gesetz nirgends ausgeschlossen [47]).

Von einem wirklichen Untergang der o. H. G. im Falle ihrer Auflösung kann somit nicht die Rede sein. Die an den Tod eines Gesellschafters geknüpfte Rechtsfolge darf daher nicht auf die Auflösung einer o. H. G., die Gesellschafterin einer anderen o. H. G. ist, ausgedehnt wer-

---

[44]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl., 1932, § 131, Anm. 1, S. 743; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 2. Aufl., 1932, § 131, Anm. 2.

[45]) Vergl. RGZ 16/2. 28/132, 54/281; KGJ 26 A 222, RGZ 106/65; Fischer in JW 24/169, sowie Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, S. 268, Anm. 1; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1928, S. 201.

[46]) Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. 1906, II. Bd., § 366 I.

[47]) LZ 08/82; KGJ 44 A 130; RGZ 106/63.

den [48]). § 131 Ziff. 4 HGB findet daher keine Anwendung, so daß in diesem Falle Schwierigkeiten hinsichtlich der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen nicht bestehen.

Dagegen ist die Vollbeendigung der umschlossenen o. H. G. dem Tode einer natürlichen Person gleichzustellen. Die Vollbeendigung ist daher an sich gesetzlicher Auflösungsgrund auch der umschließenden o. H. G. Nur wird im allgemeinen die Vollbeendigung noch nicht eintreten, wenn nicht alle Rechtsbeziehungen zu dritten Personen, insbesondere hier zu der umschließenden o. H. G., gelöst sind [49]). Denn solange sie noch zur umschließenden o. H. G. gehört, besitzt sie noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen in ihren Ansprüchen als offene Gesellschafterin. Die Aufhebung der gesellschaftlichen Rechtsgemeinschaft zwischen umschließender und umschlossener Gesellschaft hat aber durch die Abwicklung, deren Zweck ja die Lösung der gesellschaftlichen Rechtsbeziehung ist [50]), zu erfolgen. Indessen kann die aufgelöste, umschlossene o. H. G. vor Ablauf der Vertragsdauer nicht aus der umschließenden Gesellschaft ausscheiden. Sie behält vielmehr als offene Gesellschafterin nach wie vor ihre vollen Mitgliedschaftsrechte und ihr liegen die gleichen Verpflichtungen wie vor ihrer Auflösung ob, ebenso wie ihre sonstigen Rechte und Verbindlichkeiten durch die Auflösung nicht erlöschen; insbesondere halten ja auch Dauerverpflichtungen, so langjährige Mietverträge, der Liquidation stand. In Durchführung des Liquidationsverfahrens können sich aber die Liquidatoren der umschlossenen o.H.G. mit den Gesellschaftern der umschließenden o.H.G. über eine vorzeitige Auflösung der umschließenden o. H. G. einigen. Die Lösung der Rechtsbeziehungen kann aber auch so erfolgen, daß die in Liquidation befindliche o. H. G. oder die anderen Gesellschafter der umschließenden o. H. G. von einem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch machen [51]). Schließlich kann die Auflösung der umschlossenen o. H. G. auch einen wichtigen Grund zur Auflösung der umschließenden o. H. G. abgeben [52]) (§ 133 HGB). Solange aber die rechtlichen Beziehungen zu der umschließenden o. H. G. nicht gelöst sind, besteht die o.H.G. als Liquidationsgesellschaft fort. Da somit eine Vollbeendigung im Liquidationsfalle nicht vor Lösung der Rechtsbeziehungen zu der umschließenden o. H. G. eintritt, kann auch insofern eine Auflösung der umschließenden o. H. G. nach § 131 Ziff. 4 HGB überhaupt nicht in Betracht kommen.

Aber auch für den Fall, daß eine als Gesellschafterin an einer o. H. G. beteiligte o. H. G. aufgelöst und ohne Liquidation beendet wird (§ 145 HGB), hat eine solche Vollbeendigung nicht von Rechts wegen die Auflösung der umschließenden o. H. G. zur Folge [53]).

Allerdings tritt weder der Gesellschafter oder der Dritte, der das Geschäft der beteiligten o. H. G. mit Aktiven und Passiven erworben hat, an die Stelle der aufgelösten o. H. G. (Dazu wäre die Zustimmung der anderen Gesellschafter der o. H. G. notwendig), noch verbleiben die bisherigen Gesellschafter der vollbeendigten o. H. G. als einzelne in der

---

[48]) Hachenburg in JW 16/410.

[49]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 131, Anm. 7.

[50]) Flechtheim in JW 24/64 Anm.

[51]) Hachenburg in JW 16/410; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 149, Anm. 3.

[52]) Düringer-Hachenburg a. a. O., § 149, Anm. 3.

[53]) Düringer-Hachenburg a. a. O., § 131, Anm. 7.

umschließenden o.H.G. Vielmehr bleibt die Beteiligung der aufgelösten Handelsgesellschaft als unübertragbares Gut ungeteiltes Gesellschaftsvermögen und insoweit kommt § 158 HGB zur Anwendung, wonach im Verhältnis zu Dritten, hier der umschließenden Gesellschaft, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Der umschließenden o. H. G. gegenüber wird daher alles so angesehen, als ob die beteiligte o. H. G. sich in Liquidation befinde und zwar bis zum Ablauf der Vertragszeit, für die die umschließende o.H.G. eingegangen ist. Käme eine Einigung der Gesellschafter über ein vorzeitiges Ausscheiden der vollbeendigten o. H. G. aus der umschließenden o. H. G. nicht zustande, so bliebe als letztes Mittel wiederum nur die Auflösungsklage der umschlossenen o. H. G. oder der anderen Gesellschafter der umschließenden o. H. G. aus wichtigem Grunde, und, wenn die anderen Gesellschafter der umschließenden o. H. G. darauf antragen, könnte das Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung der vollbeendeten o.H.G. nach § 140 HGB aus der umschließenden o.H.G. aussprechen.

9. Die o. H. G. kann als solche nicht beerbt werden. Infolgedessen kann bei Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen § 139 HGB keine Anwendung finden. Die Unanwendbarkeit dieser gesetzlichen Vorschrift kann aber die Beteiligung einer o. H. G. als offene Gesellschafterin nicht unzulässig machen. Denn § 139 HGB (der dem Erben das Recht einräumt, sein Verbleiben in der o.H.G. von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält) will lediglich einer nach früherem Recht vielfach empfundenen Härte abhelfen, die darin bestand, daß der Erbe entweder die ganze Erbschaft ausschlagen oder in die Gesellschaft eintreten und dadurch die unbeschränkte Haftung für alle früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft übernehmen mußte.

10. Auch aus den §§ 145 ff. HGB über die Liquidation können gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen keine Bedenken abgeleitet werden. Wird die umschließende o. H. G. nicht durch Konkurs aufgelöst, so tritt sie nach ihrer Auflösung regelmäßig in Liquidation [54]). Nach § 146 I HGB erfolgt die Liquidation, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren, also auch durch die als Gesellschafterin beteiligte o. H. G. [55]). Demzufolge sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter der umschlossenen o.H.G. Liquidatoren [56]).

Bei der Auseinandersetzung entfällt auf die umschlossene Gesellschaft ein Bruchteil ohne Rücksicht auf die Zahl ihrer Gesellschafter, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrage über die Beteiligung eine anderweitige Regelung getroffen ist [57]).

11. Endlich ist auch ein Grund gegen die Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen nicht ersichtlich, soweit die Vorschriften über die Ver-

---

[54]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, Anm. II 3 zu § 145.

[55]) Denn durch die Auflösung lockert sich das Vertrauen der Gesellschafter untereinander. Vergl. Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 146, Anm. 1.

[56]) Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 4.

[57]) Spiegelberg, Die offene Handelsgesellschaft als Teilnehmerin an einer anderen o. H. G., Diss. Göttingen, 1906, S. 51.

jährung in Frage stehen (§§ 159, 160 HGB). Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der o. H. G. verjähren nach § 159 HGB in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. als offene Gesellschafterin ergeben sich insoweit nicht, da der den Gesellschaftsgläubigern durch diese Vorschrift gewährte Schutz auch dann gewährleistet wird, wenn eine andere o. H. G. offene Gesellschafterin ist oder war, und zwar auch dann, wenn sich nach der Auflösung der umschließenden o. H. G. auch die umschlossene o. H. G. auflöst und in Liquidation tritt. Denn die Vorschrift des § 159 HGB gilt in gleicher Weise für die Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. (die Verbindlichkeiten der umschlossenen o. H. G. stellen sich ja auch als Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter dar) und insofern können die Gläubiger der umschließenden o. H. G. ihre Ansprüche nicht nur gegen die umschlossene o. H. G., sondern auch gegen deren Gesellschafter nach Verteilung des Liquidationserlöses bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist geltend machen.

Demzufolge kann — im Gegensatz zur herrschenden Meinung — die o. H. G. Gesellschafterin einer anderen o. H. G. sein, jedoch mit der Maßgabe, daß die Beteiligung einer o. H. G. als offene Gesellschafterin dann unzulässig ist, wenn die o. H. G. lediglich zu dem Zwecke der Beteiligung an einer anderen o. H. G. errichtet worden ist.

Allerdings besteht ein praktisches Bedürfnis für die Einschachtelung mehrerer o. H. G. nicht[58]). Zudem ist die Rechtsstellung der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter der umschlossenen o. H. G. günstiger, wenn sie selbst der umschließenden Gesellschaft als einzelne beitreten. Denn sie verlieren jede Mitwirkungsbefugnis und Kontrolle bei Beteiligung der o. H. G. als solche[59]).

Man wird daher Vereinbarungen, wonach sich eine o. H. G. mit einem Dritten zu einer neuen o. H. G. vereinigen will, im Zweifel dahin zu deuten haben, daß die Gesellschafter unmittelbar den Vertrag eingehen[60]).

§ 2. Kann die Erbengemeinschaft Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft sein?

I. Kann die Erbengemeinschaft offene Gesellschafterin durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages werden?

1. Die Erbengemeinschaft als solche kann keinen Gesellschaftsvertrag schließen, wonach sie als Gesellschafterin in eine o. H. G. eintritt[61]). Das verbietet der individualistische Charakter der Mitgliedschaft an der o. H. G. Denn die Erbengemeinschaft ist in ihrer Zusam-

[58]) Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 in „System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft", begr. von Binding und Oetker, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd., S. 838.

[59]) Wieland, a. a. O., S. 838.

[60]) Wieland, a. a. O.,

[61]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177, Anm. 5; KGJ 37 A, S. 145 = Rechtspr. 19/319.

menfassung kein von der Person der Miterben verschiedenes Rechtssubjekt, das als solches Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, sondern eine Bezeichnung für die unter den Erben als den Trägern des Nachlaßvermögens bestehenden Gemeinschaft zur gesamten Hand. Nun ist ja auch die o. H. G. eine von dem Rechtsprinzip der gesamten Hand beherrschte Gesellschaft. Trotzdem aber ist die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen von uns bejaht worden.

Das hat seinen Grund darin, daß die Natur der Gesamthand an sich unsicher und unbestimmt ist. Sie kann in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Gesetzesbestimmungen für das einzelne Gesamthandverhältnis [62]). Insbesondere die Eigenart der o. H. G. macht sich gerade in der kräftigeren Ausgestaltung des Gesamthandsprinzips geltend. Die intensivere Zusammenfassung der Gesellschafter findet ihren formalen Ausdruck in der selbständigen Firmenführung der o. H. G. und in der ihr eingeräumten prozessualen Stellung. Wenn wir daher die rechtliche Möglichkeit bejaht haben, daß der Gesellschafter einer o. H. G. nicht nur selbständig als Einzelperson in eine andere o. H. G. eintreten kann, sondern auch als Teil der in der o. H. G. verbundenen Personeneinheit, so ist dies eben ein Ausfluß des in § 124 I HGB zum Ausdruck gelangten Grundsatzes, daß die o. H. G. unter ihrer Firma selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Dadurch unterscheidet sie sich aber wesentlich von der Erbengemeinschaft. Denn ihr fehlt die Möglichkeit des selbständigen Auftretens im Rechtsverkehr [63]).

2. Die Erbengemeinschaft kann sich aber auch deshalb nicht durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages an einer o. H. G. beteiligen, weil sie nur für die Zwecke der gemeinsamen Erbschaftsinteressen besteht und der Nachlaß daher, worauf schon in den Protokollen [64]) hingewiesen worden ist, nicht gemeinschaftlich zu bleiben bestimmt ist [65]). Mit Rücksicht auf diese im wesentlichen vorübergehende Natur der Erbengemeinschaft und die mangelnde Innigkeit der Verbindung wurde die Verfügung über den Anteil eines Miterben am Nachlaß (nicht aber die Verfügung über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen) ausdrücklich zugelassen. Weiter sind in §§ 2038, 2042 BGB eine Reihe von Bestimmungen aus dem Titel über die Gemeinschaft nach Bruchteilen für anwendbar erklärt. Endlich kann nach § 2042 BGB regelmäßig jeder Miterbe zu jeder Zeit die Auseinandersetzung verlangen. Mit dem Zweck der Erbengemeinschaft und der daraus folgenden vorübergehenden Natur und der mangelnden Innigkeit der Verbindung steht aber der Zweck der o. H. G., der auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein muß, im Widerspruch: denn die von der o. H. G. ins Auge

---

[62]) RGZ 65/236; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. 1928, § 2032, S. 350.

[63]) Vergl. Düringer - Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177, Anm. 5; Rechtspr. 19/319; RGZ i. Recht 1917, Nr. 457.

[64]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. V: Erbrecht 1899, S. 836.

[65]) Staudinger a. a. O., § 2032, S. 351; Rechtspr. 19/294 ff.

gefaßte Tätigkeit muß offenkundig auf dauernden Erwerb hinzielen [66]). Die Erbengemeinschaft soll und kann daher in keiner Form ein Handelsgewerbe betreiben, also auch nicht durch Beteiligung an einer o. H. G. [67]).

II. Kann die Erbengemeinschaft offene Gesellschafterin bei Fortsetzung der o. H. G. durch die Erben im Falle des § 139 HGB sein?

1. Ist die Fortsetzung der o. H. G. durch die Erben und die anderen überlebenden Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage oder einem anderen Abkommen vor dem Tode des Erblassers vereinbart worden, so kann die Erbengemeinschaft als solche beim Tode eines Gesellschafters nicht eintreten. Denn aus dem Wortlaut des § 139 HGB ergibt sich, daß an Stelle des verstorbenen offenen Gesellschafters auch bei noch bestehender Erbengemeinschaft nur die einzelnen Erben als Gesellschafter eintreten können [68]).

2. Die (im Kapitalanteil ausgedrückte) Mitgliedschaft an der o. H. G. als solche kann aber auch wegen des individualistischen Charakters der Mitgliedschaft nicht den Erben des verstorbenen offenen Gesellschafters gemeinschaftlich gehören [69]). Allerdings erleidet durch die vertraglich vorgesehene Vererblichkeit der Mitgliedschaft das individualistische Gepräge der o. H. G. auch dann eine Einbuße, wenn die Miterben als Einzelne offene Gesellschafter werden. Denn an die Stelle der Persönlichkeit des Erblassers tritt die Persönlichkeit der Erben mit ihren individuellen Eigentümlichkeiten. Die Fähigkeiten der Erben sind nicht die gleichen wie die des Erblassers. Das persönliche Vertrauen läßt sich nicht übertragen. Ebenso bildet die Grundlage für den Kredit der Gesellschaft nicht mehr das persönliche Vermögen des Erblassers, sondern das gegenwärtige und künftige Vermögen der Erben. Jedoch wird wenigstens die Durchbrechung des individualistischen Prinzips auf das Unvermeidliche beschränkt, wenn nicht die Erbengemeinschaft als solche, sondern die einzelnen Miterben Gesellschafter werden: Ebenso wie die übrigen Gesellschafter ist jeder Miterbe als selbständiger Gesellschafter in der Ausübung seiner Gesellschaftsrechte und bei der Erfüllung seiner Gesellschaftspflichten von dem Verhalten und dem Willen seiner Miterben durchaus unabhängig. Wie das Reichsgericht [70]) mit Recht ausgeführt hat, kann auch der Gesellschaftsvertrag nicht die Erben zwingen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

---

[66]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 105, Anm. 4.

[67]) Vergl. Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 3d.

[68]) Ebenso Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 14. Aufl. 1932, § 139, Anm. 12; Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 7. Aufl. 1926, § 139, Anm. 2, S. 171; Starke, Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften von der Errichtung bis zur Auflösung, 1928, S. 114; Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, S. 689; Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 15; Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 105, Anm. 15; Staudinger, a. a. O., S. 353; KGJ 49/268 = Seuff. Arch. 72/162; RGZ in JW 12/475 = LZ 12/670; RGZ in Recht 17, Nr. 457; KGJ 37 A S. 146; vergl. Rechtspr. 40/190.

[69]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 15.

[70]) RGZ 2/30.

Im Einklang mit dem individualistischen Charakter der o. H. G. hat jeder Miterbe insbesondere seinen selbständigen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Der Kapitalanteil des Erblassers wird durch den Eintritt mehrerer Erben in die Gesellschaft unter diese geteilt; der Teilungsmaßstab ist mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen die Erbbeteiligung. Denn die Mitgliedschaft an der o. H. G. als solche, ausgedrückt im Kapitalanteil des Erblassers als dem ziffernmäßigen Ausdruck des wirtschaftlichen Wertes seiner Beteiligung, gehört wegen des individualistischen Charakters der Mitgliedschaft nicht zum Nachlaß, zu dem nur die übertragbaren Vermögensrechte gehören können, insbesondere das Auseinandersetzungsguthaben. Auch die Beteiligung an Gewinn und Verlust gehört zu der Mitgliedschaft, die jeder Miterbe selbständig erwirbt. Die Miterben teilen sich auch in die Gewinn- und Verlustquote entsprechend ihrem Anteil.

Wenn auch jeder Miterbe selbständiger Gesellschafter ist, so ist er doch zugleich gegenüber der o. H. G. Miterbe des verstorbenen offenen Gesellschafters. Und für dessen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag ist der Nachlaß des Erblassers verhaftet. Insofern haften die Erben gemeinschaftlich für rückständige Einlagen, ebenso für Ersatzansprüche aus der Geschäftsführung ihres Erblassers. Jedoch zeigt sich wiederum die Selbständigkeit des einzelnen Miterben darin, daß er nicht für die Verpflichtungen aufzukommen hat, die einem anderen Miterben als offenen Gesellschafter obliegen. Daher kann ein Miterbe nicht in Anspruch genommen werden, wenn sein Miterbe das gesetzliche Wettbewerbsverbot nach § 112 HGB übertreten hat [71]).

Auch der Tod eines Miterben löst die o. H. G. auf (§ 131 Ziff. 4 HGB), sofern nicht inzwischen eine Vereinbarung dahin getroffen worden ist, daß die Gesellschaft auch im Falle des Todes einer der neu eingetretenen Gesellschafter mit dessen Erben fortgesetzt werden soll [72]).

Allerdings liegt in der Fortsetzung der o. H. G. mit den Erben des verstorbenen offenen Gesellschafters eine Vervielfältigung der Mitgliedschaft vor [73]), da die Erben als einzelne nach Maßgabe ihrer Anteile und des Gesellschaftsvertrages vollberechtigte und verpflichtete Gesellschafter sind.

Diese Vervielfältigung ist jedoch für die anderen offenen Gesellschafter nicht unerträglich, denn sie ist voraussehbar und bewußt und gewollt, wenn in dem Gesellschaftsvertrag eine dahingehende Bestimmung aufgenommen wird, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Zudem ist das Korrelat eine entsprechende Vergrößerung der den Gesellschaftern obliegenden Arbeitsleistung.

Im übrigen kann — wenn dies auch nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist — der Gesellschaftsvertrag eine zu weitgehende Zersplitterung verhindern: Es kann eine dahingehende Regelung getroffen werden, daß alle Miterben nur eine Stimme haben, wobei sie aber nicht als ein Gesellschafter gelten [74]). Solche Bestimmungen finden sich vornehmlich in den Verträgen von o. H. G., die im Innenverhältnis kapitalistisch

---

[71]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 139, Anm. 15.

[72]) wie vor, § 139, Anm. 13.

[73]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 15; Heinsheimer, Rudolf, Über die Teilhaberschaft, Heidelberg 1930, S. 66.

[74]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 15.

organisiert sind. Außerdem kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß nur einzelne Gesellschafter Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis haben. Dann rücken die Erben nicht in diese Stellung ein, die der Erblasser als Geschäftsführer und Vertretungsberechtigter gehabt hat. Denn diese Befugnisse, insbesondere das Recht zur Vertretung, sind Vertrauenssache und überdies ist in § 139 HGB von der Nachfolge in dieses Recht keine Rede [75]).

3. a) Der Beteiligung einer Erbengemeinschaft an einer o. H. G. stehen aber auch die für die o. H. G. bestehenden Vorschriften über die Haftung der Gesellschafter entgegen. Nach §§ 105 I, 128 HGB ist die Haftung der Gesellschafter unbeschränkt und gesamtschuldnerisch: die Gesellschafter haften, da die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ja nichts anderes sind als die Schulden der Gesellschafter, für die Gesellschaftsschulden als eigene [76]). Im Falle der Beerbung eines offenen Gesellschafters sind die den offenen Gesellschafter als solchen treffenden, vor seinem Tode entstandenen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten. Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bestimmt sich aber nach erbrechtlichen Grundsätzen. Nach § 2059 II BGB haftet den Nachlaßgläubigern der gesamte Nachlaß. Aber auch die Haftung der einzelnen Miterben ist für die Gesellschaftsgläubiger von entscheidender Bedeutung. Nur wenn bei keinem der Miterben die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt wäre, würde die erwähnte Voraussetzung des § 105 HGB erfüllt sein [77]).

Nun haften zwar die Miterben nach § 2058 BGB für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner. Bis zur Teilung des Nachlasses kann aber jeder Miterbe nach § 2059 BGB die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlaß besitzt, verweigern, also die Haftung auf einen Teil seines Vermögens beschränken; und er geht, selbst wenn er nur für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftet, dieses Rechts nur in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teils der Verbindlichkeit verlustig [78]).

Eine Beschränkung der Haftung auf einen Teil des Vermögens läuft aber dem § 105 I HGB zuwider. Nach Markus [79]) soll „die Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß kraft der Gesellschafterqualität wegfallen". Allein die Haftung der Miterben kann sich nicht dadurch ändern, daß die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafterin einer o.H.G. würde.

Soweit die Verbindlichkeiten der o. H. G., die ja auch Verbindlichkeiten der Gesellschafter sind, erst nach dem Tode des Gesellschafters entstanden sind, handelt es sich allerdings nicht um Nachlaßverbindlichkeiten. Zwar sind nach § 1967 II BGB Nachlaßverbindlichkeiten nicht

---

[75]) Ebenso Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 139, Anm. 14; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 139, Nr. 10a; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 139, Anm. 4c; Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 in System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begr. von Binding und Oetker, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd., S. 688, Anm. 27; dagegen Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 14; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932, § 139, Anm. 3a.

[76]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 128, Anm. 5.

[77]) KGJ 49/114.

[78]) KGJ 49/109 ff.

[79]) in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Jg. 1910, S. 88.

nur die vom Erblasser stammenden, sondern auch die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, wenn sie von dem Erben in Betätigung der Verwaltung des Nachlasses eingegangen sind [80]). Die Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft entstehen aber nicht in Betätigung der Verwaltung des Nachlasses, sondern in Betätigung des Handelsgewerbes der o. H. G. Da somit die nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten keine Nachlaßverbindlichkeiten sind, bestimmt sich die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen. Wenn die einzelnen Gesellschafter auch nicht in den Vertragsverhältnissen der Gesellschaft stehen, so haften sie doch für deren Vertragsverbindlichkeiten; sie sind, wenn auch nicht Vertragspartei [81]), so doch Vertragsschuldner. Bei Beteiligung an einer o. H. G. wäre daher auch die Erbengemeinschaft Vertragsschuldnerin. Wenn also die o. H. G. durch Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichtet ist, so haften die einzelnen Miterben im Zweifel als Gesamtschuldner nach § 427 BGB. Ferner haften sie als Gesamtschuldner bei unteilbarer Leistung nach § 431 BGB, im übrigen aber, also bei nicht vertraglicher Schuld bei teilbarer Leistung, als Teilschuldner. Daraus ergibt sich, daß die einzelnen Miterben mit ihrem persönlichen Vermögen, das sie außer ihrem Anteil am Nachlaß besitzen, für die nach dem Erbfall entstehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Aber auch der Nachlaß würde den Gesellschaftsgläubigern für die nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten der o. H. G. haften, jedoch nur dann, wenn nicht die Nachlaßverwaltung angeordnet ist: denn in diesem Fall haftet der Nachlaß für die nach dem Tode des Erblassers entstandenen Verbindlichkeiten nicht (§§ 1984 II, 1977 II BGB; § 784 II ZPO). Da die Miterben jedoch den Gesellschaftsgläubigern den Nachlaß durch Beantragung der Anordnung der Nachlaßverwaltung entziehen können, so könnten sie, sofern man die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin im Falle des § 139 HGB zuließe, ihre Haftung für die nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf ihr persönliches Vermögen bis zur Berichtigung aller bekannten Nachlaßverbindlichkeiten beschränken. Eine derartige Haftungsbeschränkung genügt aber wieder nicht den §§ 105, 128 HGB.

Somit kann von einer unbeschränkten Haftung im Sinne der §§ 105 I, 128 HGB weder für die vor dem Erbfall, noch für die nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft die Rede sein. Infolgedessen muß die Zulässigkeit der Beteiligung einer Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines offenen Gesellschafters (§ 139 HGB) auch aus diesem Grunde verneint werden.

b) Es kommt hinzu, daß nach § 139 HGB den einzelnen Erben die Möglichkeit gegeben wird, unter Aufgabe der Stellung als offene Gesellschafter die in mancher Beziehung beschränkte Stellung eines Kommanditisten einzunehmen und sich dadurch von der unbeschränkten Haftung für die Schulden der Gesellschaft zu befreien. Es würde aber eine unzulässige Umgehung des § 139 HGB bedeuten, wenn die Miterben in ihrer Verbundenheit als Erbengemeinschaft und ohne, daß sie Kommanditisten sind, über § 2059 BGB sich der Vergünstigung eines solchen, wenn auch nur den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, deren Forderungen vor dem Erbfall entstanden sind, verschaffen wollten [82]).

[80]) RGZ 62/38 ff.; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. 1928, § 1967 II 2 b.

[81]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte. 3. Aufl. 1932, § 128, Anm. 5; JW 00/253; 02/78.

[82]) KGJ 49/114.

4. Im übrigen besteht aber auch kein Bedürfnis, zum Schutze der einzelnen Miterben die Erbengemeinschaft bei Beerbung eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB als offene Gesellschafterin zuzulassen, auch wenn der Erblasser die Auseinandersetzung ausgeschlossen hat oder aus den in den §§ 2043, 2045 BGB erwähnten Gründen ein Aufschub der Teilung erforderlich werden kann.

Denn nach § 139 HGB kann jeder Erbe entweder mit den Rechten und Pflichten des Erblassers als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben oder statt dessen den anderen Gesellschaftern antragen, als Kommanditist in der Gesellschaft zu bleiben, und aus der Gesellschaft auszuscheiden, wenn sie darauf nicht eingehen. Dieses Wahlrecht steht jedem der Miterben zu [83]), und zwar bereits vor der Erbauseinandersetzung. Staub [83]) vertritt allerdings den Standpunkt, mit Rücksicht auf die §§ 2032, 2033 II, 2040 BGB, sei eine verschiedene Entschließung der Erben erst dann möglich, wenn diese sich bereits auseinandergesetzt haben oder wenn der Erblasser die Übernahme des Gesellschaftsanteils durch einen Erben oder eines bestimmten Bruchteils dieses Anteils durch einen Erben in einem Testament angeordnet habe.

Allein diese Ansicht [84]), die wegen des den Nachlaß beherrschenden Grundsatzes der gesamten Hand das Vorgehen eines einzelnen Miterben vor der Teilung für ausgeschlossen erklärt, nimmt dem § 139 HGB einen erheblichen Teil seines Anwendungsgebietes und läßt den Miterben in praktisch häufigen Fällen in der Zwangslage zurück, die der § 139 HGB gerade vermeiden will.

Um zu vermeiden, daß der Erbe vor die Wahl gestellt würde: entweder die ganze Erbschaft auszuschlagen oder in die Gesellschaft eintreten zu müssen und dadurch die unbeschränkte persönliche Haftung für die früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft zu übernehmen, ist ihm das Recht eingeräumt worden, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so haftet er für die bis zu dem Zeitpunkt, in dem seine Kommanditisteneigenschaft beginnt, entstandenen Gesellschaftsschulden gesamtschuldnerisch mit seinen Mitgesellschaftern, aber nur wie ein Erbe, also nach Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohltat des Inventars nicht verloren hat [85]). Für die Schulden, die erst seit dem Zeitpunkt entstehen, in dem er Kommanditist geworden ist, haftet er ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses, aber nur bis zur Grenze seiner Kommanditeinlage.

Wäre nun die in § 139 HGB vorgesehene Frist von 3 Monaten verstrichen und bis dahin eine Auseinandersetzung nicht erfolgt, so könnte der Miterbe nicht mehr von dem ihm an sich nach § 139 HGB zustehenden Recht, sein Verbleiben in der o. H. G. davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird, Gebrauch machen. Da ferner die Ausschlagungsfrist von 6 Wochen schon vorher abgelaufen ist, könnte der Miterbe auch nicht mehr die angefallene

[83]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 139 III, S. 773.

[84]) Vertreten von Staub, a. a. O., § 139, Anm. 7; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902. § 139, Nr. 8: Sames, Die Rechtsstellung des Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB, Marburger Diss. 1903, S. 46 ff.

[85]) Staub, a. a. O., § 139, Anm. 17.

Erbschaft ausschlagen, so daß er für alle vor und nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten unbeschränkt persönlich zu haften hätte. Die insbesondere von Staub und Lehmann-Ring [86]) vertretene Auffassung führt daher häufig zu unhaltbaren Ergebnissen.

Eine andere Meinung [87]) nimmt dagegen an, daß die allgemeinen erbrechtlichen Regeln der Sondervorschrift des § 139 HGB weichen müßten. Diese Ansicht wäre des praktischen Ergebnisses wegen vorzuziehen [88]).

Nun ist richtig, daß mit Rücksicht auf die §§ 2032 I, 2033 II, 2040 BGB der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird und der einzelne Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht selbständig verfügen darf. Indessen liegt der vermeintliche Konflikt mit den erbrechtlichen Grundsätzen über die gesamte Hand der Erbengemeinschaft nicht vor. Die Schwierigkeiten entstehen erst daraus, daß man die Mitgliedschaft des Erblassers als solche als Nachlaßgegenstand betrachtet. Das ist sie aber nicht [89]). Vielmehr hat jeder Miterbe seinen selbständigen Kapitalanteil und seine selbständige Gewinn- und Verlustquote entsprechend seiner Erbbeteiligung [90]).

Allerdings bedeutet — ebenso wie in der Vererblichkeit der Mitgliedschaft an sich eine gewisse Durchbrechung des individualistischen Prinzips der o.H.G. liegt — die Vererblichkeit der Mitgliedschaft an der o. H. G. auch eine Durchbrechung erbrechtlicher Grundsätze, die aber auf das Unvermeidliche zu beschränken ist. Daher gehören zum Nachlaß die übertragbaren Vermögensrechte. Denn kämen die Miterben ohne weiteres in den Genuß des Kapitalanteils, der ihrem Erbanteil entspräche, so könnten sich insbesondere bei der Erbauseinandersetzung Schwierigkeiten ergeben. Dies wäre vornehmlich der Fall, wenn Vorempfänge zur Ausgleichung zu bringen wären. Die Rechtstellung des einzelnen Miterben kann daher nur die sein, daß er bis zur Auseinandersetzung die Stellung eines offenen Gesellschafters hat, der die übertragbaren Vermögensrechte übertragen hat, so daß diese in den Nachlaß fallen.

Übertragbar sind aber nur solche vermögensrechtlichen Ansprüche, bei denen es dem Gesellschaftszweck nicht widerstrebt, sondern gerade entspricht, wenn die geschuldeten Beträge in das Einzelvermögen des Gesellschafters kommen. Hiernach sind übertragbar:

a) die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann. Demnach sind nur Forderungen übertragbar, die nicht mehr durch den Gesellschaftszweck gebunden sind und deren sofortige Erfüllung der Gesellschafter verlangen kann;

---

[86]) a. a. O.

[87]) Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906, § 139 Anm. 3c; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 139, Anm. 3; Pinkernelle, Die rechtliche Stellung des Erben eines Gesellschafters nach BGB und HGB, Rostocker Diss. 1902, S. 66; Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB, Berlin 1916 I S. 240.

[88]) Abw. Jonen, Die Vereinbarung der Fortsetzung der o. H. G. mit den Erben eines Gesellschafters, 1921, S. 80 ff.

[89]) Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 139, Anm. 5; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 139, Anm. 15.

[90]) Vergl. S. 16.

so die Rückvergütung für besondere Auslagen, die er bei der Geschäftsführung machte, ebenso Ersatz des Schadens, der ihn dabei traf.

b) Ansprüche aus dem Gewinnanteil. Denn hinsichtlich der Ausschüttung des Gewinns ist es für den Gesellschaftszweck gleichgültig, an wen der Gewinn ausgezahlt wird. Es handelt sich dabei auch nicht um künftige, sondern um bereits bestehende Ansprüche [91]), die jedoch der jeweiligen Feststellung nach Maßgabe des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages bedürfen. Erst dann können sie in bestimmter Höhe geltend gemacht werden.

c) der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, da die Auseinandersetzung erst nach der Auflösung der Gesellschaft erfolgt und dadurch das in ihr angelegte Vermögen frei wird. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben entsteht aber bereits mit der Gründung der Gesellschaft; von diesem Zeitpunkt ab ist die Abtretung möglich, wenn auch die Höhe des Anspruchs noch unbestimmt ist [92]).

Würde bei Ausübung des Wahlrechts nach § 139 HGB über ein derartiges übertragbares Recht verfügt, so wäre tatsächlich vor Auseinandersetzung der einzelne Miterbe rechtlich nicht in der Lage, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält. Und es bestände zu seinem Schutze das Bedürfnis, die Erbengemeinschaft als solche als offene Gesellschafterin zuzulassen.

Allein von einer Verfügung über ein solches übertragbares Vermögensrecht kann nicht die Rede sein, wenn ein Miterbe vor der Erbauseinandersetzung von dem Wahlrecht nach § 139 HGB Gebrauch macht. Denn indem er vor der Auseinandersetzung die Umwandlung seiner Beteiligung in die eines Kommanditisten beantragt, nimmt er keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vor. Dies ist ohne weiteres an den rechtlichen Folgen ersichtlich. Diese liegen insbesondere auf dem Gebiete der persönlichen Stellung und durch sie wird der Nachlaß nicht berührt: das Vertragsverhältnis wird durch die Umwandlung der Teilhaberschaft in eine Kommanditbeteiligung insoweit geändert, als nunmehr die gesetzlichen Vorschriften über die K.G., auch soweit sie nachgiebigen Rechts sind, Platz greifen. Der Miterbe ist als Kommanditist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Auf seinen Antrag kann sogar das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstige Aufklärungen, sowie die Vorlegung der Bücher verlangen (§ 166 I und III HGB). Seine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden kommt in Wegfall. Er wird von der Verpflichtung zur Geschäftsführung und von dem Wettbewerbsverbot des § 112 HGB frei [93]). Der Erbe ist auch nicht als Kommanditist an die besonderen, seinem Erblasser vertraglich auferlegten Konkurrenzverbote gebunden. Denn derartige vertragliche Bestimmungen, die den gesetzlichen Normalzustand, wie er für den Kommanditisten vorgesehen ist, zu seinen Ungunsten verändern würden, sollten nur den Gesellschafter als offenen Gesellschafter treffen.

---

[91]) RGZ 60/130.

[92]) RGZ 60/130.

[93]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 139, Anm. 20.

Dagegen werden die übertragbaren und zum Nachlaß gehörenden Vermögensrechte durch die Umwandlung nach § 139 HGB nicht berührt. Das ist zweifellos, soweit die dem verstorbenen Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche (so Rückvergütung für besondere Auslagen usw.) in Frage stehen. Indem ein Miterbe die Umwandlung seiner Beteiligung in die eines Kommanditisten beantragt, nimmt er auch keine Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben vor, das ebenfalls zum Nachlaß gehört. Denn die Liquidatoren haben bei der Auseinandersetzung den Nettoüberschuß nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter einschließlich Kommanditisten zu verteilen [94]). Durch die Umwandlung in die Beteiligung eines Kommanditisten wird aber der Kapitalanteil des Miterben in keiner Weise berührt: vor und nach der Umwandlung entfällt auf ihn ein seiner Erbbeteiligung entsprechender Teil des Kapitalanteils seines Erblassers.

Nur dann würden die Rechte des Nachlasses durch die Umwandlung berührt werden, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Gewinnquote sich änderte [95]). Allein dies wäre lediglich eine mittelbare Einwirkung auf die zum Nachlaß gehörenden Vermögensrechte: von einer „Verfügung" darüber im Sinne des § 2040 BGB könnte keine Rede sein [95a]). Ohne Durchbrechung der fundamentalsten Sätze über die Erbengemeinschaft gelangt man hiernach zu dem Ergebnis, daß jeder Miterbe auch schon vor der Teilung des Nachlasses die Rechte aus § 139 HGB auszuüben rechtlich in der Lage ist. Wird aber bei Umwandlung der Beteiligung in die eines Kommanditisten über ein übertragbares Vermögensrecht nicht verfügt, so besteht auch kein Bedürfnis, die Erbengemeinschaft als solche zum Schutze der einzelnen Miterben als offene Gesellschafterin zuzulassen, denn dann sind die einzelnen Miterben bereits vor der Erbauseinandersetzung rechtlich in der Lage, Kommanditisten zu werden.

Soll also entsprechend dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft nach dem Tode eines offenen Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden, so kann nicht die Erbengemeinschaft, sondern können nur die einzelnen Miterben offene Gesellschafter werden, und zwar bereits vor der Erbauseinandersetzung.

Exkurs:

Wie sich die Miterben bei der Auseinandersetzung in die übertragbaren Vermögensrechte teilen, ist eine Frage, die im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern nicht unmittelbar berührt. Sie werden bei der demnächstigen Erbteilung nach Erbteilen verteilt, sofern nicht einem oder mehreren Miterben für Vorempfänge ein entsprechend größerer Anteil [96]) an diesen übertragbaren Rechten zuzuteilen ist.

---

[94]) RGZ 114/135; Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 in System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begr. von Binding und Oetker, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd., S. 702, Anm. 58a; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 155, Anm. 3.

[95]) Das ist nach § 139 V HGB möglich: Es kann für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

[95a]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 139, Anm. 22.

[96]) Infolge der Ausgleichung ändert sich nicht das Verhältnis der Erbteile der Miterben, vielmehr läßt diese den Erbteil der Quote nach vollkommen unberührt und beeinflußt lediglich die Größe des Wert-

Aber selbst dann tritt keineswegs eine entsprechende Erhöhung oder Herabsetzung der Kapitalanteile der einzelnen Miterben ein. Allerdings können die Miterben die Kapitalanteile mit der Erbteilung durch Übertragung des Ausgleichungsbetrages von einem Kapitalkonto auf das andere in Einklang bringen. Jedoch ist die Abtretung von Teilen des Kapitalkontos an einen Mitgesellschafter der Gesellschaft gegenüber nur wirksam, wenn alle Gesellschafter zugestimmt haben (§ 122 II HGB) [97]. Denn andernfalls würde nur die Abtretung der übertragbaren Vermögensrechte (§ 717 BGB) vorliegen.

---

betrages, der bei der Auseinandersetzung des Nachlasses auf den Erbteil entfällt. Vergl. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. 1928, § 2055, 5b I, S. 421.

[97] Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, § 122, Anm. 11.

Zweiter Teil:

Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Gesellschafterinnen einer Kommanditgesellschaft.

Bei Betrachtung der Beteiligung einer o. H. G. und Erbengemeinschaft an einer K. G. haben uns die bisher dargelegten Gesichtspunkte zu leiten. Das wesentliche Merkmal, wodurch sich K.G. und o. H. G. unterscheiden, ist, daß bei wenigstens einem der Gesellschafter die persönliche unbeschränkte Haftung fortfällt und auf den bestimmten Betrag einer Vermögenseinlage beschränkt wird. Es ist daher zu untersuchen, ob die o. H. G. und die Erbengemeinschaft persönlich haftende Gesellschafterinnen und Kommanditistinnen sein können.

§ 3. Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als persönlich haftende Gesellschafterinnen.

Nach § 161 II HGB gelangen die Vorschriften über die o. H. G. auf den persönlich haftenden Gesellschafter der K. G. zur Anwendung. Die Fähigkeit, persönlich haftender Gesellschafter einer K. G. zu sein, entspricht der Fähigkeit, Gesellschafter einer o. H. G. zu sein. Da die o. H. G. Gesellschafterin einer anderen o. H. G. sein kann, so kann sie auch persönlich haftende Gesellschafterin einer K. G. sein.

Dagegen müssen wir, da wir die Möglichkeit der Beteiligung einer Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer o. H. G. verneint haben, folgerichtig auch die Beteiligung einer Erbengemeinschaft als persönlich haftende Gesellschafterin ablehnen.

§ 4. Offene Handelsgesellschaften und Erbengemeinschaften als Kommanditistinnen.

I. Die offene Handelsgesellschaft als Kommanditistin.

1. Es ist anerkannten Rechtens, daß die o. H. G. sich kommanditistisch als eine Gesellschafterin an einer K. G. beteiligen kann. Es ist dies auch wieder ein Ausfluß des aus § 124 in Verb. mit § 161 II HGB sich ergebenden Grundsatzes, daß die o. H. G. einen einheitlichen Namen (Firma) hat, unter dieser Firma Rechte erwerben und Verbind-

lichkeiten eingehen und sogar Prozesse führen kann [1]). Auch Ritter, der die Zulässigkeit der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen zwar verneint, bejaht die Zulässigkeit der kommanditistischen Beteiligung einer o. H. G., da „die K. G. insoweit keine Gesellschaft des unbeschränkten Personalkredits sei, wie die o. H. G. und ihre wirtschaftliche Entwicklung es mit sich gebracht habe, daß nach allgemeiner Rechtsüberzeugung die o.H.G. sich kommanditistisch beteiligen könne" [2]).

2. Aus der Gesamtheit der für die Kommanditisten gegebenen Vorschriften ist an sich der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber in erster Linie an physische Personen gedacht hat: § 177 HGB spricht vom Tode des Kommanditisten, nach § 162 II 2 HGB werden Name, Stand und Wohnort der Kommanditisten . . . nicht bekannt gemacht [3]). Daher sollen als Kommanditisten natürliche Personen unmittelbar, aber auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt haften, soweit sie noch nicht geleistet ist (§ 161 I HGB). Wenn sich nun ein Kommanditist mit einer Vermögenseinlage beteiligt, so erklärt er damit öffentlich, mit einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen zu helfen. Der Zweck der Kommanditbeteiligung kann daher nur sein, das Zugriffsobjekt der Gesellschaft zu vergrößern [4]). Dieser Zweck wird aber erreicht, wenn eine o. H. G. sich als Kommanditistin an einer K. G. beteiligt: Von einer unerlaubten Gesetzesumgehung kann daher keine Rede sein, denn die offenen Gesellschafter der kommanditistisch beteiligten o. H. G. haften nach den §§ 105, 128 HGB in Höhe der Kommanditeinlage als Gesamtschuldner persönlich, soweit die Einlage noch nicht bewirkt ist (abgesehen davon, daß auch noch das Vermögen der o. H. G. selbst haftet). Daher können trotz des auf natürliche Personen zugeschnittenen Wortlauts der §§ 161 ff. HGB, aus dem Wortlaut Bedenken gegen die Zulässigkeit der kommanditistischen Beteiligung einer o. H. G. nicht abgeleitet werden.

3. Das gegen die Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen o. H. G. geltend gemachte, aber nicht gerechtfertigte Bedenken, daß eine o. H. G. nicht unter einer fremden Firma ihr Handelsgewerbe betreiben könne, kann bei der nur vermögensrechtlichen Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen K. G. überhaupt nicht auftauchen. Denn der Kommanditist als solcher ist nicht Kaufmann [5]).

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 161, Anm. 11; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 161, Anm. 6; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 161, Nr. 3; Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1905, § 161, Nr. 10; Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, S. 834; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 161, Anm. 2b.

[2]) Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 161, Anm. 2.

[3]) Holdheim in seiner Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen I, S. 195.

[4]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 161, Anm. 7; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 161, Anm. 7.

[5]) Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 161, Anm. 4, S. 1070; Staub, a.a.O., § 161, Anm. 6. S. 850; vergl. auch Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, S. 735, Anm. 8; Ehrenberg in ZHR (Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht) 87/361. Dagegen Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932, § 161, Anm. 2.

Wird das Handelsgewerbe von der K. G. im eignen Namen betrieben, so ist zwar der Kommanditist Mitinhaber des Handelsgeschäfts[6]). Er ist aber nach § 170 HGB zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. Dies bewirkt, daß der Kommanditist nach außen jeder Wirkungsmöglichkeit beraubt ist. Soll er trotzdem für die Gesellschaft handelnd auftreten, so bedarf er hierzu wie ein Dritter einer Handlungsvollmacht. Diese dem Kommanditisten vom Gesetz zugewiesene passive Rolle läßt es nicht zu, von dem Kommanditisten als Handelsgewerbetreibenden im Sinne des § 1 I HGB zu reden. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, daß das Gesetz für den Begriff des Kaufmanns die Vornahme persönlicher Betriebshandlungen nicht erfordere, da auch ein Geisteskranker Kaufmann sein könne, so ist nicht berücksichtigt, daß die mangelnde Fähigkeit, den Betrieb selbst zu leiten, auf dem im BGB begründeten Mangel seiner Geschäftsfähigkeit beruht, dieser Mangel aber durch gesetzlich zugelassene Vertreter ersetzt ist. Dagegen handelt es sich bei dem Kommanditisten um eine Schmälerung seiner Rechtsstellung gerade in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter. Es kommt hinzu, daß der Name des Kommanditisten nicht einmal in der Firma enthalten sein darf (§ 19 IV HGB), und daß seine Teilhaberschaft zwar ins Handelsregister eingetragen, aber nicht bekannt gemacht wird (§ 162 II HGB). Daher ist der Kommanditist als solcher kein Kaufmann. Die Kommanditbeteiligung bezweckt ihrem wirtschaftlichen Charakter nach eine Kapitalanlage, nicht eine eigene Betätigung im Geschäftsverkehr.

Ist aber der Kommanditist als solcher nicht Kaufmann, so braucht er, und damit auch eine sich an einer K.G. kommanditistisch beteiligende o. H. G., nicht die Fähigkeit zu besitzen, unter fremdem Handelsnamen ein Handelsgewerbe zu betreiben. Der dahingehende, gegen die Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen o. H. G. geltend gemachte, aber nicht gerechtfertigte Einwand ist daher, soweit die kommanditistische Beteiligung in Frage steht, überhaupt gegenstandslos.

4. Bei der kommanditistischen Beteiligung einer o. H. G. wird die Geschäftsführung der umschließenden K.G. — von der Vertretungsbefugnis kann abgesehen werden, da nach § 170 HGB die Kommanditisten zur Vertretung der K. G. nicht ermächtigt sind — durch die Aufnahme vertretungsberechtigter Gesellschafter in die umschlossene o. H. G. nicht einseitig geändert. Denn, ist im Gesellschaftsvertrage entsprechend § 163 HGB eine dahingehende Regelung getroffen, daß auch den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, so ist dies dahin auszulegen, daß die jeweiligen vertretungsberechtigten Gesellschafter der kommanditistisch beteiligten o. H. G. als zur Geschäftsführung der umschließenden K. G. befugt anzusehen sind[7]). Soweit der umschlossenen o. H. G. die Geschäftsführungsbefugnis nicht eingeräumt ist, nehmen ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter lediglich die den Kommanditisten als solchen zustehenden Befugnisse aus den §§ 164 I, 167 I HGB wahr: sie haben das Recht, einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter zu widersprechen, wenn sie über den Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht (§ 164 HGB). Und sie sind ferner berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (§ 167 I HGB).

---

[6]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 161, Anm. 4.
[7]) Vergl. Seite 9.

5. Das HGB trifft in dem Abschnitt über die K. G. eine besondere Regelung hinsichtlich der Auflösung der K. G. und des Ausscheidens eines Gesellschafters nicht, abgesehen von der Vorschrift des § 177 HGB. Die Vorschriften über die o. H. G. finden daher insoweit nach § 161 II HGB entsprechende Anwendung. Die Auflösungsgründe des § 131 in Verb. mit § 161 II HGB — Ziff. 4 des § 131 ist auszunehmen — bieten aber bei der kommanditistischen Beteiligung einer o. H. G. ebensowenig Schwierigkeiten wie bei der Beteiligung einer o. H. G. an einer anderen o. H. G.: Mangels anderweiter Bestimmung im Gesellschaftsvertrage wird die K. G. auch dann aufgelöst, wenn der Auflösungsgrund in der sich kommanditistisch beteiligenden o. H. G. vorliegt.

Soweit jedoch § 177 HGB in Frage steht, hat der Tod eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Vielmehr sollen mangels gegenteiliger Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage die Erben des verstorbenen Kommanditisten an die Stelle des Erblasser-Kommanditisten in die Gesellschaft eintreten, gleichviel ob es sich um gesetzliche oder gewillkürte Erben handelt. Hierzu bedarf es nicht der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Selbst gegen ihren Willen werden daher Dritte infolge der Erbfolge Mitgesellschafter, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertage eine solche Möglichkeit ausgeschlossen ist. Daraus ergibt sich, daß im Gegensatz zu der o. H. G. und auch den persönlich haftenden Gesellschaftern der K. G. das individuelle Moment in seiner Auswirkung auf die Mitgliedschaftsrechte bezüglich des Kommanditisten ersichtlich an Bedeutung zurücktritt [8]).

Hinsichtlich des Schicksals der Mitgliedschaftsrechte einer o. H. G. im Falle ihrer Auflösung enthält indessen das HGB eine Sondervorschrift nicht. Jedoch ist § 177 HGB unanwendbar [9]). Denn nur die Vollbeendigung, nicht aber bereits die Auflösung der o. H. G. steht dem Tode einer natürlichen Person gleich [10]). Die als Liquidationsgesellschaft fortbestehende o. H. G. behält vielmehr als Kommanditistin nach wie vor ihre vollen Mitgliedschaftsrechte, falls der Gesellschaftsvertrag der umschließenden K. G. nicht ein anderes bestimmt. Sie kann aber auch vor Ablauf der Vertragsdauer ihre Einlage nicht zurückfordern. Die Abwicklung dieser Rechtsbeziehungen ist Gegenstand des Liquidationsverfahrens [11]).

Aber auch bei Vollbeendigung der o. H. G. findet § 177 HGB keine Anwendung, denn die o. H. G. ist erst nach der Lösung ihrer Rechtsbeziehungen zur umschließenden K. G. im Liquidationsverfahren voll be-

---

[8]) RGZ 123/289 ff.

[9]) Neufeld-Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 177, Anm. 2, S. 460; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 177, Anm. 2. S. 885; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts 1911, § 177, Anm. 2c γ, S. 455.

[10]) Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 3d; Brand, a. a. O., § 177, Anm. 2 c δ; Staub, a. a. O., § 177, Anm. 2; Warn. Rechtspr. 30, Nr. 19.

[11]) Die Auflösung der umschlossenen o. H. G. bildet evtl. einen wichtigen Grund zur Auflösung der umschließenden K.G. nach § 133 in Verb. mit § 161 II. So auch Schwarz, a. a. O., § 177, Anm. 2b; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177, Anm. 8. — Die Gesellschafter der umschließenden o. H. G. können sich aber auch mit den Liquidatoren der umschlossenen o. H. G. über eine vorzeitige Auflösung der umschließenden o. H. G. einigen oder von einem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch machen.

endigt: gehört sie noch zur K. G., so besitzt sie noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen in ihren Ansprüchen als Kommanditistin [12]).

Schließlich greift auch § 177 HGB nicht Platz, wenn die an der K.G. kommanditistisch beteiligte o. H. G. aufgelöst und ohne Liquidation oder unter vorzeitiger Abrechnung der Liquidation voll beendet wird (§ 145 HGB). In diesem Fall sollen nach Makower [13]) und Brand [14]) mit dem Aufhören des Vorhandenseins von Gesellschaftsvermögen die bisherigen Gesellschafter der aufgelösten, kommanditistisch beteiligt gewesenen o. H. G. eine den Erben eines Kommanditisten entsprechende Stellung einnehmen, da die Vollbeendigung dem Tode der natürlichen Person gleichstehe. Dagegen soll nach Lehmann [15]), falls das Vermögen an einen Dritten falle, dieser Kommanditist werden und eine „den Erben entsprechende Stelle" einnehmen.

Diese Ansichten sind jedoch abzulehnen, da die kommanditistische Beteiligung ebenso wie die Beteiligung an einer o. H. G. als unübertragbares Gut ungeteiltes Gesellschaftsvermögen bleibt. Nach §§ 158 I, 161 II HGB wird der umschließenden K. G. gegenüber daher alles so angesehen, als ob die beteiligte o. H. G. sich in Liquidation befinde. Bei dieser Rechtslage wird jedoch die Anwendung der §§ 133, 140 in Verb. mit § 161 II HGB gerechtfertigt sein [16]), denn auch gegen den Kommanditisten kann auf Ausschließung geklagt werden [17]).

6. Hinsichtlich der Liquidation und Verjährung trifft das HGB für die K. G. im zweiten Abschnitt des zweiten Buches keine besondere Regelung, so daß die für die o. H. G. gegebenen Vorschriften der §§ 145 ff. in Verb. mit § 161 II HGB entsprechende Anwendung finden.

Nach § 146 I in Verb. mit § 161 II HGB gehören zu den geborenen Liquidatoren der K. G. auch die Kommanditisten, da das Gesetz sie nicht ausgenommen hat [18]). Daß sie an der Geschäftsführung (falls im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist) und an der Vertretung nicht teilnehmen, bezieht sich lediglich auf die lebende Gesellschaft [19]). Damit ist auch die kommanditistisch beteiligte o. H. G. Liquidatorin, die die ihr als solche zustehenden Befugnisse durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter ausüben läßt.

Hinsichtlich der Vorschriften über die Verjährung (§§ 159, 160, 161 II HGB) werden die Gesellschaftsgläubiger der K. G. dadurch geschützt, daß sowohl die kommanditistisch beteiligte o. H. G. als auch ihre eigenen Gesellschafter nach der Auflösung der K. G. oder nach dem Ausscheiden der o. H. G. aus der K. G. während der fünfjährigen Verjährungsfrist für die Schulden der umschließenden Gesellschaft persönlich haften, allerdings nur in Höhe der Einlage, sofern die umschlossene o. H. G. sie noch nicht geleistet hat, oder wenn die Einlage nach dem Ausscheiden der umschlossenen o. H. G. vertragsgemäß ausgezahlt worden ist [20]).

---

[12]) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902. § 177, Anm. 1a, S. 369. Vergl. S. 11.

[13]) Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906, § 177 IV.

[14]) Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 177, Anm. 2c .

[15]) Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, § 66, Nr. 8.

[16]) Vergl. S. 11, 12.

[17]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, Anh. zu § 177, Anm. 11.

[18]) Staub, a. a. O., Anh. zu § 177, S. 889 II, Anm. 18; und RGZ i. L.Z. 31/1002.

[19]) Staub, a. a. O., Anh. zu § 177, Anm. 18 II, S. 889.

[20]) Vergl. Seite 12, 13.

Die kommanditistische Beteiligung einer o. H. G. an einer K. G. ist daher zulässig.

II. Kann die Erbengemeinschaft Kommanditistin sein?

A. Kann sich die Erbengemeinschaft auf Grund eines Gesellschaftsvertrages kommanditistisch an einer Kommanditgesellschaft beteiligen?

Nach der herrschenden Meinung [21]) kann Kommanditist einer K.G. nur eine physische Person, eine juristische Person oder eine nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Handelsgesellschaft sein, die unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen in der Lage ist. Ein solches Rechtsgebilde ist aber die Erbengemeinschaft nicht, denn, wie bereits ausgeführt [22]), fehlt ihr die Möglichkeit des selbständigen Auftretens im Rechtsverkehr. Und so kann sich die Erbengemeinschaft mit Rücksicht auf ihre rechtliche Struktur durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nicht nur nicht an einer o.H.G., sondern auch nicht als Kommanditistin an einer K.G. beteiligen.

B. Kann die Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines offenen Gesellschafters durch mehrere Erben Kommanditistin sein (§ 139 I HGB)?

Die Erbengemeinschaft kann auch nicht an Stelle eines verstorbenen offenen Gesellschafters Kommanditistin werden, wenn sämtliche Miterben ihr Verbleiben in der o. H. G. davon abhängig machen, daß ihnen die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Wie bereits erörtert [23]), ist jeder Miterbe im Falle der Beerbung eines offenen Gesellschafters durch den Erbfall kraft Gesetzes offener Gesellschafter mit seinem selbständigen Kapitalanteil geworden, wenn im Gesellschaftsvertrage eine dahingehende Vereinbarung getroffen worden ist, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Wenn die Miterben in Ausübung des ihnen nach § 139 I HGB zustehenden Rechts den anderen Gesellschaftern die Umwandlung ihrer Beteiligung in die eines Kommanditisten antragen, so kann dies nur so erfolgen, daß die einzelnen Miterben Kommanditisten werden. Dies folgt aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 139 HGB, wonach jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Die Beteiligung der Erbengemeinschaft als Kommanditistin ist ferner deshalb nicht möglich, weil die übrigen Gesellschafter die einzelnen Miterben verschieden behan-

[21]) So mit Recht Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. 1928, S. 353; Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 177, Anm. 2; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 2d; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 177, Anm. 1: Flechtheim in JW 29/1800; Silberschmidt in JW 29/1801; Rechtspr. 19/319.

[22]) Vergl. Seite 13, 14.

[23]) Vergl. Seite 15 ff.

deln können: Sie haben das Recht, den Antrag des einen Erben, als Kommanditist zu verbleiben, abzulehnen, den gleichen Antrag des anderen Erben anzunehmen. So kann es kommen, daß von drei Erben eines Gesellschafters der eine offener Gesellschafter, der andere Kommanditist wird und der Dritte etwa ausscheidet[24]).

C, Kann sich die Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben kommanditistisch beteiligen?

1. Schließlich wird die Erbengemeinschaft auch dann nicht Kommanditistin, wenn ein Kommanditist von mehreren Erben beerbt wird. Anderer Ansicht ist freilich das Reichsgericht[25]). Das Reichsgericht hat ausgeführt: Falls der Gesellschaftsvertrag nicht die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem einen oder den mehreren Erben des Kommanditisten ausschließe, so erfolge der Eintritt der Erben als Kommanditisten ohne irgend welche Erklärung von ihrer Seite in die Rechtsstellung des Erblasser-Kommanditisten. Hinterlasse dieser mehrere Erben, so bildeten sie nach bürgerlichem Recht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die Erbengemeinschaft könne aber nur geschlossen auftreten: solange sie noch bestehe, solange also die Erbschaft noch nicht auseinandergesetzt sei, könne vom Vorhandensein mehrerer einzelner Kommanditisten nicht die Rede sein. Denn bis zu diesem Zeitpunkt sei der Nachlaß noch Gesamtgut. Keinem der Miterben stehe an den einzelnen Bestandteilen des Nachlasses ein Bruchteil zu, berechtigt seien die Miterben nur nach Maßgabe ihrer Erbteile. Dies treffe auch für die Kommanditeinlage des Erblassers zu, da sie bis zur Auseinandersetzung den Miterben zur gesamten Hand gemeinschaftlich zustehe[26]). Infolgedessen könnten auch die mehreren Erben

---

[24]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 139, Anm. 22; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 139, S. 773; KGJ 37/A 146; vergl. § 139 II HGB.

[25]) RGZ 123/366 = JW 29/1800, 1361; ebenso wie das Reichgericht: Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 177, Nr. 2; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. 1928, S. 333; Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921 im System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd., § 73 I, Anm. 4, S. 770; Goldschmidt, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Handkommentar 1929, § 161, Anm. 4; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, § 66, 8; Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 7. Aufl. 1926, § 177, Anm. 1, § 139, Anm. 2, S. 171; Julius von Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933, § 30 I 5, S. 209; KGJ 44 A 133. Gegen das Reichgericht wie hier: Staub, a. a. O., § 161, Anm. 6, § 177, Anm. 1; Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906, § 177, Anm. IIb; Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, I. Bd. 1931, § 177, Anm. 2; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 161, Anm. 2; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1928, Kap. 48, S. 238; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 177, Anm. 2c; Starke, Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften von der Errichtung bis zur Auflösung, 1928, S. 114; grundsätzlich auch Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1905, § 177, Anm. 11; Flechtheim in JW 29/1800; Jonen, die Vereinbarung der Fortsetzung der o. H. G. mit den Erben eines Gesellschafters, 1921, S. 46.

[26]) So auch Goldschmidt i/JW 29/1361, der dies insbesondere damit begründet, daß es einer besonderen Vorschrift im HGB bedurft hätte,

während des Bestehens der Erbengemeinschaft nicht als Kommanditisten mit einer bestimmten Einlage des Erblassers eingetragen werden. Da die Erben zur Aufgabe der Gemeinschaft nicht gezwungen werden könnten, bleibe in solchem Falle nichts anderes übrig, als daß die Erbengemeinschaft als Kommanditistin eingetragen werde. Das Gleiche müsse gelten, wenn der Erblasser-Kommanditist bei Vorhandensein mehrerer Erben die Auseinandersetzung ausgeschlossen habe (§ 2044 BGB) oder wenn aus den in den §§ 2043, 2045 BGB erwähnten Gründen ein Aufschub der Teilung erforderlich werde.

Es handele sich lediglich um eine als Folge des § 177 HGB anzusehende und auf ihr beruhende unvermeidliche Ausnahme von dem Grundsatz, daß eine Erbengemeinschaft nicht Kommanditistin sein könne, da sie keine selbständige Rechtspersönlichkeit und nicht selbst Träger der erbschaftlichen Rechte und der Nachlaßverbindlichkeiten sei. Bei Nichtzulassung dieser Ausnahme wäre die Folge, daß während der Dauer der Erbengemeinschaft keine der wahren Sach- und Rechtslage entsprechende Eintragung gemacht werden könnte.

Allein diese der Stellung der Erbengemeinschaft im Rechtsverkehr widersprechende Ausnahme ist gar nicht unvermeidlich. Der Tod eines Kommanditisten, so lautet § 177 HGB, hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Daraus folgt lediglich, daß die K. G. nicht, wie dies bei der Personalgesellschaft die Regel ist, im Falle des Todes eines Kommanditisten aufgelöst wird, sondern fortdauert. Die Erben treten ohne weiteres mit dem Erwerb der Erbschaft in die K. G. ein. Ein Zwischenzustand entsteht nicht während der Frist des § 139 III HGB, sondern nur insofern, als die K.G. erst dann fortgesetzt werden kann, wenn feststeht, wer Erbe geworden ist[27]). Das ist dann der Fall, wenn die Erbschaft durch den berufenen Erben angenommen oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist (§§ 1943, 1944 BGB). Ist aber dieser Zwischenzustand beseitigt und stehen die Erben des Kommanditisten fest, so wird die K. G. mit den Erben fortgesetzt, gleichviel ob die Erben das Gesellschaftsverhältnis fortsetzen wollen oder nicht. Infolgedessen können sie auch nicht, wie dies in § 139 HGB für die Erben des Gesellschafters einer o. H. G. bestimmt ist, vorzeitig aus der K. G. ausscheiden. Sind sie mit der Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht einverstanden, wollen sie vielmehr eine solche Fortsetzung vermeiden, so können sie dies nur in der Weise tun, daß sie die Erbschaft ausschlagen.

Aus § 177 HGB folgt daher für die Erbengemeinschaft unmittelbar gar nichts.

Nun ist aber richtig, daß die Erben zur Aufgabe der Erbengemeinschaft nicht gezwungen werden können und daß bei Vorhandensein mehrerer Erben der Erblasser-Kommanditist die Auseinandersetzung ausgeschlossen haben kann (§ 2044 BGB) oder daß aus den in den §§ 2043, 2045 BGB erwähnten Gründen ein Aufschub erforderlich werden kann.

Silberschmidt[28]) ist der Ansicht, daß dann als Parteiwille anzusehen sei, daß der Eintritt der Erben in die K.G. als Kommanditisten nicht oder noch nicht erfolgen könne. Dann bestehe die Gesellschaft unter

---

wenn man die Spaltung der Kommanditeinlage vor der Auseinandersetzung für zulässig erachtet hätte. Eine solche Sonderbestimmung sei z. B. in § 139 HGB bei Beerbung eines offenen Gesellschafters getroffen worden. Dann gehe nach Art. 2 EG HGB diese Bestimmung dem BGB vor. Sie fehle aber im § 177 HGB.

[27]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 177, Anm. 2; KGJ 44/133.

[28]) JW 29/1361.

den übrigen Gesellschaftern weiter, allenfalls als o. H. G., wenn nur ein einziger Kommanditist vorhanden gewesen sei, oder sie löse sich auf, weil nur ein Gesellschafter oder nur ein Kommanditist übrig geblieben sei. Die Auflösung erfolge aber dann nicht, weil der Kommanditist gestorben sei, sondern weil seine Erben nicht hätten eintreten können oder wollen. Noch weiter geht Baumbach [29]), nach dessen Ansicht § 177 HGB, der ja nachgiebigen Rechts ist, als vereinbarungsgemäß ausgeschlossen gelte, wenn sich die Erbengemeinschaft nicht auseinandersetze und sie nicht die Einlagen der einzelnen Miterben bestimme oder es nicht dürfe. Die rechtliche Folge ist aber dann die Auflösung der K. G. Dieses Ergebnis ist zweifellos unbefriedigend. Indessen besteht kein Bedürfnis, die Erbengemeinschaft als Kommanditistin zuzulassen

Ebenso wie im Falle des § 139 I HGB muß für jeden Miterben der auf ihn fallende Teil der Einlage seines Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt werden, was bedeutet, daß er an der Einlage seines Erblassers entsprechend seinem Erbanteil beteiligt ist, gleichviel ob die Einlage bereits geleistet ist oder nicht. Auch der Kapitalanteil des Erblassers, sowie sein Anteil am Gewinn und Verlust sind ohne weiteres unter die Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbanteile geteilt [30]).

Darin liegt keine Durchbrechung des die Erbengemeinschaft beherrschenden Prinzips der gesamten Hand, denn Kommanditeinlage, Kapitalanteil und Gewinnquote sind keine selbständigen Vermögenswerte und sind von der Mitgliedschaft untrennbar. Die Mitgliedschaft als solche ist aber nicht Nachlaßgegenstand, nur die übertragbaren Rechte des Erblassers, insbesondere das Auseinandersetzungsguthaben, gehören zum Nachlaß (§ 717 BGB). Das hat jedoch lediglich zur Folge, daß die einzelnen Miterben die Stellung von Kommanditisten haben, die diese übertragbaren Rechte abgetreten haben, so daß diese in den Nachlaß fallen [31]).

Es kann also sehr wohl entgegen der Ansicht des Reichsgerichts [32]) während der Dauer der Erbengemeinschaft eine der wahren Sach- und Rechtslage entsprechende Eintragung gemacht werden, indem die Miterben als einzelne, selbständige Kommanditisten unter Angabe des auf jeden Miterben entfallenden Anteils an der Einlage des Erblassers eingetragen werden [33]).

---

[29]) zu § 177.

[30]) Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 3d, S. 389; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 177, Anm. 2; Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177. Anm. 5; Recht 1917, Nr. 457; RIA 10/42. — A. A. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 177, Anm. 2; RGZ 123/369; Rechtspr. 27/338.

[31]) Vergl. S. 16, 20, 21.

[32]) RGZ 123/366.

[33]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 177, Anm. 6a; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl. 1932, § 177, Anm. 1; Makover, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906, § 177, Anm. IIb; Ritter, a. a. O., § 177, Anm. 1g; Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911, § 177, Anm. 2c β; Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 1905, S. 755; Rechtspr. 19/318. — A. A. RGZ 123/366; Rechtspr. 27/339; Recht 31, Nr. 494; Lehmann-Ring, a. a, O., § 177. Nr. 2.

§ 177 HGB rechtfertigt daher in keiner Weise, im Falle des Todes eines Kommanditisten die Erbengemeinschaft als Kommanditistin zuzulassen.

2. Daß die Erbengemeinschaft im Falle der Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben nicht Kommanditistin sein kann, ergibt sich auch aus der für die Kommanditisten nach § 171 HGB vorgeschriebenen Haftung.

Nach Wieland [34]), der wie das Reichsgericht die Auffassung vertritt, daß als vermögensrechtlicher Repräsentant des verstorbenen Kommanditisten die Erbengemeinschaft dessen Stelle einnehme, haften die Erben für die vor dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach erbrechtlichen Grundsätzen: Damit ist regelmäßig die persönliche Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in der Höhe der noch nicht eingezahlten Kommanditeinlage auf die Mittel des Nachlasses beschränkt. Denn bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe nach § 2059 BGB die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil am Nachlaß besitzt, verweigern, und er verliert selbst, wenn er für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftet, dieses Recht nur in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teils der Verbindlichkeit [35]).

Soweit allerdings die Gesellschaftsschulden erst nach dem Tode des Kommanditisten entstanden und daher keine Nachlaßverbindlichkeiten sind, lehnt auch Wieland [36]) die rechtliche Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß ab, vielmehr sollen die Miterben gesamtschuldnerisch mit der Kommanditsumme haften.

Mit der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß für die vor dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten der K. G. steht aber der Grundsatz des § 171 HGB über die persönliche Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Widerspruch. In dem an sich schwer zu lösenden Widerstreit zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen hat der Grundsatz des § 171 HGB zur Anwendung zu gelangen. Die Miterben haben für die Gesellschaftsschulden auch mit ihrem persönlichen Vermögen, nicht nur mit dem Nachlaß zu haften.

Dies gibt das Reichsgericht in seiner Entscheidung auch zu, wenn es davon spricht, daß der Miterbe seine Haftung für die nicht oder nicht voll eingezahlte Einlage nicht auf den Nachlaß beschränken könne. Goldschmidt [37]) hält diese Ansicht für unbestritten und wohl auch für unbestreitbar, soweit die Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber in Frage steht. Denn § 171 HGB habe zwingenden Charakter. Ohne die Haftung der Kommanditisten seien die Begriffsmerkmale der K. G. nicht erfüllt, damit sei aber, so folgert Goldschmidt [38]), durch

---

[34]) Handelsrecht, 1. Bd. 1921 im System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Teil, 1. Bd., § 73, Anm. 4; vergl. Flechtheim in JW 29/1800.

[35]) Ebenso Staub, a. a. O., § 177, Anm. 2; Baumbach, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1933 zu § 177; Brand, a. a. O., § 177, Anm. 2c γ; Makover, a. a. O., § 177 IIc; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 3d, obwohl nach ihrer Ansicht im Falle der Beerbung eines Kommanditisten die Erbengemeinschaft nicht Kommanditistin sein kann.

[36]) a. a. O., ebenso Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177, Anm. 5; Flechtheim in JW 29/1800; Jonen, Die Vereinbarung der Fortsetzung der o. H. G. mit den Erben eines Gesellschafters, 1921, S. 46.

[37]) JW 29/1362. [38]) a. a. O.

§ 171 HGB lediglich die erbrechtliche Haftung nach BGB durch Sondergesetz beseitigt. Aus dieser Ausnahmevorschrift könne aber nicht abgeleitet werden, daß der individuellen Haftung auch individuelle Gesellschaftsrechte entsprechen müßten.

Wenn man aber schon einräumt, daß die Haftung des einzelnen Miterben für die Gesellschaftsschulden, abgesehen von seinem Anteile am Nachlaß, sich auch auf sein persönliches Vermögen erstreckt, dann bedeutet dies sachlich, daß die Miterben auch für ihre Person Kommanditisten sind, und daß dann die Erbengemeinschaft als solche nicht Kommanditistin sein kann. Gerade in der Haftung mit dem persönlichen Vermögen liegt das individuelle Element, das für die o. H. G. wie für die K. G. charakteristisch ist: Für den Kredit der K. G. ist die Vermögenslage, insbesondere die Zahlungsfähigkeit jedes einzelnen Miterben von entscheidender Bedeutung. Die vom Reichsgericht und von Goldschmidt [39]) vertretene Auffassung, wonach zwar die Erbengemeinschaft als Kommanditistin anzusehen sei, dagegen die Miterben auch mit ihrem persönlichen Vermögen zu haften haben, ist daher in sich widerspruchsvoll. Vielmehr sind die einzelnen Miterben als Kommanditisten anzusehen, nicht aber die Erbengemeinschaft [40]).

Da für jeden Erben der auf ihn entfallende, seinem Erbanteil entsprechende Teil der Einlage des Erblasser-Kommanditisten als seine Kommanditeinlage anzuerkennen ist, so ist auch der Maßstab der persönlichen Haftung der einzelnen Miterben gegeben. Sie haften nur bis zur Höhe des auf sie entfallenden Teils der Kommanditeinlage [41]). Dagegen vertritt das Reichsgericht [42]) die Meinung, daß die Verpflichtung zur Leistung der vom Erblasser nicht oder noch nicht voll eingezahlten Einlage auf die Miterben als Gesamtschuldner überginge und daß sie mit dem Nachlaß und auch persönlich für das Fehlende zu haften hätten [43]).

Wollte man dies annehmen, so würde den Gläubigern an Stelle des persönlichen Vermögens des Erblassers neben dessen Nachlaß die persönlichen Vermögen sämtlicher Miterben bis zur vollen Höhe der Haftsumme haften; die Gesellschaftsgläubiger könnten dann alle Miterben bis zur vollen Höhe der noch nicht oder noch nicht voll eingezahlten Kommanditeinlage des Erblasser-Kommanditisten in Anspruch nehmen. Dies kann aber nicht richtig sein [44]).

3. Ist aber jeder Miterbe zu einem seinem Anteil an der Erbschaft entsprechenden Teil der Kommanditeinlage seines Erblassers Kommanditist geworden, dann treten an die Stelle des durch Tod ausgeschiedenen Kommanditisten so viele neue Kommanditisten in die Gesellschaft ein, als Erben vorhanden sind. Deren Rechte beschränken sich aber nicht nur auf rein vermögensrechtliche, der Kommanditeinlage entsprechenden Ansprüche an die Gesellschaft. Jeder Kommanditist hat vielmehr auch sonst gesellschaftliche Rechte der verschiedensten Art: die

[39]) a. a. O.

[40]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, § 177, Anm. 6. [41]) wie vor. [42]) a. a. O.

[43]) Ebenso, jedoch nur hinsichtlich der nach dem Erbfall entstandenen Schulden, Wieland I § 73, Anm. 4; Brand und Makover wollen die Miterben für die nach dem Erbfall entstandenen Verbindlichkeiten nur vor ihrer Eintragung als Gesamtschuldner in voller Höhe, in der der Erblasser verhaftet gewesen wäre, haften lassen; nach der Eintragung soll sich ihre Haftung auf den Teil der noch nicht geleisteten Einlage, der ihrem Erbanteil entspreche, beschränken: Brand, Das Handelsgesetzbuch, § 177, Anm. 2c γ; Makover, Handelsgesetzbuch, § 177, Anm. IIc. [44]) Vergl. Flechtheim, JW 29/1800.

Kommanditisten haben nach § 119 in Verb. mit § 161 II HGB bei der Fassung der Gesellschaftsbeschlüsse mitzuwirken. Sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter widersprechen, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Sie können nach § 117 in Verb. mit § 161 II HGB in Gemeinschaft mit den anderen Kommanditisten und persönlich haftenden Gesellschaftern dahin wirken, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes einem persönlich haftenden Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen wird. Ferner haben sie ihre Zustimmung zu geben, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter einen neuen Gesellschafter aufnehmen wollen [45]). Schließlich steht dem Kommanditisten das Recht auf die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu und, wenn wichtige Gründe vorliegen, kann er bei dem Gericht den Antrag stellen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstige Aufklärungen sowie die Vorlage der Bücher und Papiere anzuordnen.

Zur Begründung der Zulässigkeit der Beteiligung einer Erbengemeinschaft im Falle des Todes des Kommanditisten wird geltend gemacht, die Erben, die ohne weiteres mit dem Erwerb der Erbschaft an die Stelle des verstorbenen Kommanditisten treten, könnten nicht mehr Rechte haben, als dieser zu seinen Lebzeiten gehabt hatte. Es gingen daher die Rechte und Pflichten, die der Erblasser-Kommanditist als Einzelperson gehabt hatte, in gleichem Umfang auf die Erbengemeinschaft über. Andernfalls würden die Rechte und Pflichten der übrigen Gesellschafter, besonders der persönlich haftenden Gesellschafter, sich erheblich zu ihren Ungunsten verschieben, wenn diese weitgehenden Rechte der Kommanditisten nicht mehr von einer Person selbständig ausgeübt würden, sondern von einer ganzen Anzahl von Personen, die im Erbgang die Stelle jener einzelnen Person eingenommen hätten. Daher könnten mehrere Erben eines Kommanditisten die Rechte ihres Erblassers nur gemeinschaftlich ausüben. Nicht aber sei jeder Miterbe etwa Kommanditist geworden [46]).

Allein die in der Vervielfältigung liegende Erschwerung ist für den persönlich haftenden Gesellschafter nicht unerträglich [47]), sie rechtfertigt in keiner Weise, daß die Miterben zwar persönlich zu haften hätten, im übrigen aber nur so viel Rechte hätten wie ihr Erblasser.

Überdies ist — wenn es auch nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist — die Vervielfältigung voraussehbar und deshalb ebenso vermeidbar, wie etwa der Eintritt eines den übrigen Gesellschaftern unbequemen Testamentserben [48]). Insbesondere bei kapitalistischer Ausgestaltung der K.G. im Innenverhältnis wird oft das Stimmrecht für die Mehrheitsbeschlüsse nach der Größe der Einlage oder des Kapitalanteils abgestuft oder den zu einer besonderen Gruppe zusammengefaßten Miterben wird nur eine Kollektivstimme zugebilligt [49]). Oft wird der Gesellschaftsvertrag auch nach § 157 BGB so auszulegen sein, daß die Kontrollrechte, Widerspruchs- und sonstigen Rechte der Erben nur gemeinschaftlich ausgeübt werden dürfen [50]).

[45]) RGZ 52/161.

[46]) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Bd. 1902, § 177, Nr. 2; KGJ 44/133; vergl. auch Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, § 73 I, Anm. 4.

[47]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl. 1932, § 177, Anm. 5; abweichend KGJ 44/133.

[48]) Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl. 1932, § 177, Anm. 3d.

[49]) Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 177, Anm. 5.

[50]) Ritter, a. a. O., § 177, Anm. 3d.

Somit kann die Erbengemeinschaft auch nicht Kommanditistin sein, wenn ein Kommanditist von mehreren Erben beerbt wird.

Exkurs:

Setzen sich die Miterben später auseinander, so ergeben sich keine Schwierigkeiten: Ebenso wie im Falle des § 139 HGB tritt, auch wenn einem oder mehreren Miterben für Vorempfänge ein entsprechend größerer Anteil an den übertragbaren Vermögensrechten zuzuteilen war, eine entsprechende Erhöhung oder Herabsetzung hinsichtlich des Kapitalkontos der Miterben des Kommanditisten nur mit Zustimmung aller Gesellschafter ein (§ 122 II in Verb. mit § 161 II HGB) [51]). Eine derartige Berichtigung der Kapitalkonten mit Zustimmung der anderen Gesellschafter verfehlt jedoch nicht seine Wirkung auf das Verhältnis zu den Gläubigern der K. G.. Denn es ist so anzusehen, als hätte die Gesellschaft dem einen Kommanditisten sein Kapitalguthaben ausgezahlt, und als hätte der andere Kommanditist den gleichen Betrag auf seine Einlage eingezahlt. Soweit aber hierdurch ein Teil der Einlage des Kommanditisten zurückgezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Der Kommanditist ist somit in dem Umfange der Rückzahlung wieder persönlich verhaftet [52]). Die latent gewesene persönliche Haftung des Kommanditisten ist wieder aktuell geworden. Und er kann sich nur durch Wiedereinzahlung an die Gesellschaft befreien.

Umgekehrt wird dadurch der noch rückständige Teil der Einlage des anderen Miterben geleistet und er wird insoweit von der persönlichen Haftung befreit. Wenn seine Einlage bereits geleistet war, so liegt in der Gutschrift eine vertragsmäßige Erhöhung dieser Einlage, jedoch nur für das Innenverhältnis. Wenn mit der Umschreibung von einem Kapitalkonto auf das andere gleichzeitig die Anteile der Erben an der Kommanditeinlage des Erblassers verändert und mit der Erbteilung in Einklang gebracht werden sollen, so liegt im allgemeinen hierin eine Erhöhung der einen und eine Herabsetzung der anderen Haftsumme. Dabei ist zu beachten, daß die Gläubiger sich auf die nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage nur dann berufen können, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist (§ 172 II HGB). Dagegen ist die Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten, solange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam. Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen aber die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 174 HGB) [53]).

---

[51]) Vergl. Seite 23.

[52]) Wenn auch die Einlage größer und geringer bemessen werden kann als die Haftungssumme, so entspricht doch im allgemeinen die Einlagepflicht der Haftung. In der Regel leistet der Kommanditist eine der Haftsumme gleichwertige Einlage und vollzieht sie in einer Form, wodurch er von seiner Haftung befreit wird. Besteht auch keine gesetzliche Vermutung, zugunsten einer der Haftsumme entsprechenden Einlagepflicht, so ist doch für die Auslegung von Gesellschaftsverträgen daran festzuhalten, daß in Zweifelsfällen die Einlage mit der Haftung übereinstimmen soll. Vergl. Wieland, Handelsrecht, 1. Bd. 1921, § 69 III, Seite 744.

[53]) Vergl. Düringer - Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Hälfte, § 177, Anm. 6.